

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



Dottorato di ricerca in “Diritti Umani. Teoria, storia e prassi”

XXXIII ciclo

Tesi di dottorato

I delitti di solidarietà.

**Profili dommatici e politico-criminali dei reati di
favoreggiamento dell’immigrazione irregolare**

Tutor

Ch.mo Prof. Carlo Longobardo

Candidata

Dott.ssa Carol Ruggiero

Coordinatore

Ch.mo Prof. Cosimo Cascione

Anno accademico 2019/2020

«Che gli affamati vogliano andare dove di cibo ce n'è abbastanza è quanto ci si potrebbe naturalmente aspettare da esseri umani razionali; lasciarli agire in base alla loro volontà è anche quanto la coscienza dovrebbe suggerire come comportamento corretto, moralmente preferibile. [...] Ed è impossibile avanzare argomenti razionalmente convincenti per provare che le migrazioni sarebbero, per loro, decisioni irragionevoli. La sfida è davvero terribile: si deve negare agli altri lo stesso diritto alla libertà di movimento di cui si fa il panegirico definendolo il massimo risultato della globalizzazione mondiale e il segno della sua prosperità crescente».

Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione*, Bari-Roma, 1998.

Indice

Capitolo I

Le linee di tendenza del diritto dell'immigrazione alla luce della *crimmigration*: dalla criminalizzazione “diretta” dei migranti alla criminalizzazione “indiretta” dei favoreggiatori

1. <i>Ius peregrinandi</i> e <i>ius migrandi</i>	7
2. Dallo <i>ius migrandi</i> al diritto penale dell'immigrazione.....	13
3. L'evoluzione della disciplina del Testo unico attraverso la lente della <i>crimmigration</i>	21
4. La prima direttrice: la detenzione amministrativa in Italia.....	23
4.1. Dai C.P.T., ai C.I.E., ai C.P.R.....	27
4.2. Gli <i>hotspots</i> e le “strutture diverse e idonee”.....	32
5. La seconda direttrice: la criminalizzazione diretta “in senso stretto”.....	37
5.1. I reati connessi all'espulsione	39
5.2. Il reato di ingresso e soggiorno irregolare	44
6. La terza direttrice: la criminalizzazione diretta “in senso lato”.....	51
6.1. L'espulsione dello straniero	51
6.2. Le ricadute del diritto penale sul titolo di soggiorno	54
6.3. Le ricadute del diritto penale sullo <i>status</i> di cittadino	59
7. La criminalizzazione indiretta come quarta direttrice: un'ipotesi di lavoro.....	60

Capitolo II

La criminalizzazione “indiretta” dell'immigrazione nel diritto internazionale e nel diritto europeo

1. Premessa: il doppio binario della tratta di persone (<i>trafficking in human beings</i>) e del contrabbando di migranti (<i>smuggling of migrants</i>).....	63
2. Il <i>trafficking in human beings</i> nel contesto internazionale ed europeo ...	66
3. I delitti contro la personalità individuale e la tratta di persone (art. 601 c.p.) nell'ordinamento interno.....	71

3.1. <i>Segue</i> . La tutela delle vittime di tratta e grave sfruttamento	77
4. Lo <i>smuggling of migrants</i> nel quadro normativo internazionale e la <i>facilitation of unauthorised entry</i> nel quadro normativo europeo	79
5. Il favoreggiamento delle migrazioni irregolari (art. 12 T.U. imm.) nell'ordinamento interno.....	85
6. La sottile linea di confine tra la tratta di persone e il favoreggiamento delle migrazioni irregolari.....	90

Capitolo III

Le fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nell'ordinamento interno

1. Delitti di favoreggiamento e oggetto giuridico	96
2. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	102
3. Il favoreggiamento dell'emigrazione irregolare	108
4. La scriminante umanitaria.....	111
5. Le figure speciali del terzo comma: una lettura dualistica	115
5.1. <i>Segue</i> . Fattispecie autonome o circostanze aggravanti?.....	119
6. Le circostanze aggravanti di cui al comma 3- <i>ter</i>	123
6.1. L'esclusione del fine di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie: l'espansione della punibilità e la criminalizzazione della solidarietà.....	124
6.2. Profili comparatistici: il modello "a doppia incriminazione" dell'ordinamento belga.....	126
6.3. <i>Segue</i> . L'apparente modello "a incriminazione aggravata" del sistema tedesco	129
7. Il favoreggiamento della permanenza irregolare al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero	131
8. Il favoreggiamento "abitativo" al fine di trarre un ingiusto profitto.....	135
9. Cenni sugli illeciti amministrativi. La nuova rilevanza penale del divieto di transito e sosta di navi nel mare territoriale.....	139
10. Un possibile rovesciamento della prospettiva alla luce delle risultanze criminologiche sul traffico di migranti	141

11. Spunti di riflessione per una sistematica differenziata dei delitti di favoreggiamento	145
12. La riforma dei reati di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione irregolare	147
13. Alla ricerca del "bene perduto"	148
13.1 Il nuovo delitto di traffico di migranti	150
13.2 Traffico di migranti e strumenti di protezione sociale.....	155
Allegato 1	157

Capitolo IV

I delitti di favoreggiamento nella dimensione applicativa: la criminalizzazione della solidarietà

1. La criminalizzazione della solidarietà nelle attività di ricerca e soccorso in mare	162
2. Il quadro normativo internazionale ed interno applicabile alle attività di <i>search and rescue at sea</i>	165
2.1. L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante.....	166
2.2. L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso in capo agli Stati costieri.....	167
3. La politica dei porti chiusi e i profili di responsabilità delle autorità statali: l'ordine di collaborazione con le autorità libiche	171
3.1. <i>Segue</i> . La mancata autorizzazione allo sbarco	174
4. I profili di responsabilità dei soccorritori. L'esclusione della punibilità per il difetto di tipicità delle condotte	177
4.1. L'esclusione della punibilità per il difetto di anti giuridicità delle condotte: lo stato di necessità nel caso <i>Open Arms</i>	179
4.2. <i>Segue</i> . Il riconoscimento dell'adempimento di un dovere dei soccorritori dal caso <i>Cap Anamur</i> a quello <i>Rackete</i>	181
4.3. <i>Segue</i> . La disciplina del conflitto di doveri tra stato di necessità e adempimento di un dovere	183

4.4. Il difetto di colpevolezza <i>ex art. 54, co. 3, c.p.</i> e la riscoperta della teoria dell'autore mediato.....	188
5. La criminalizzazione della solidarietà oltre le attività di ricerca e soccorso in mare	193
Bibliografia	197

Capitolo I

Le linee di tendenza del diritto dell'immigrazione alla luce della *crimmigration*: dalla criminalizzazione “diretta” dei migranti alla criminalizzazione “indiretta” dei favoreggiatori

SOMMARIO: 1. *Ius peregrinandi* e *ius migrandi*. 2. Dallo *ius migrandi* al diritto penale dell'immigrazione. 3. L'evoluzione della disciplina del Testo unico attraverso la lente della *crimmigration*. 4. La prima direttrice: la detenzione amministrativa in Italia. 4.1. Dai C.P.T., ai C.I.E., ai C.P.R. 4.2. Gli *hotspots* e le “strutture diverse e idonee”. 5. La seconda direttrice: la criminalizzazione diretta “in senso stretto”. 5.1. I reati connessi all'espulsione. 5.2 Il reato di ingresso e soggiorno irregolare. 6. La terza direttrice: la criminalizzazione diretta “in senso lato”. 6.1 L'espulsione degli stranieri. 6.2 Le ricadute del diritto penale sul titolo di soggiorno. 6.3 Le ricadute del diritto penale sullo *status* di cittadino. 7. La criminalizzazione indiretta come quarta direttrice: un'ipotesi di lavoro.

1. *Ius peregrinandi* e *ius migrandi*

Il diritto di emigrare, così come quello di immigrare, ha costituito l'oggetto di una significativa riflessione filosofica avviata agli albori della civiltà moderna.

Una prima compiuta affermazione di tale diritto emerse negli studi della Scolastica spagnola della scuola di Salamanca la quale, nel corso del XVI secolo, si impegnò nella giustificazione teologico-morale delle relazioni economiche e sociali nascenti dalla conquista del “Nuovo mondo”. In particolare, muovendo da una visione universalistica e cosmopolitica dell'umanità, si teorizzò l'esistenza di diritti naturali che spettavano a tutti gli uomini in quanto partecipi di una comune natura impressa da Dio, fra i quali assunse particolare rilievo lo *ius communicationis*, inteso come diritto alla comunicazione, espressione della innata consocialità dell'uomo¹. Da questo principio il teologo spagnolo Francisco de Vitoria, nell'ambito delle sue “*Relectiones de Indis recenter inventis*” del 1539, fece derivare quattro corollari: lo *ius commercii*, lo *ius occupationis*, lo *ius predicandi et annuntiandi Evangelicum* e lo

¹ Cfr. L. LACCHÉ, *Introduzione*, in «*Ius gentium, ius communicationis, ius belli*». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità, a cura di L. Lacchè, Milano, 2009, p. 9; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 9 ss.

*ius peregrinandi*², corrispondente alla libertà di circolazione di ogni uomo sul territorio terrestre.

Furono proprio questi diritti naturali a legittimare le politiche di espansione coloniale della Spagna, giustificate, per tale via, non dalla supposta inferiorità ontologica di coloro che abitano le terre conquistate, ma dall'esistenza di una legge naturale comune all'intero genere umano che riconosce, a chiunque e in ogni dove, l'esercizio di diritti di commercio, di transito, di domicilio, di sfruttamento delle risorse comuni³.

Alla base di tale teorizzazione si poneva l'ideale stoico della *societas hominum* che, in effetti, costituì il terreno comune su cui si svilupparono anche le prime riflessioni del giusnaturalismo moderno. Queste radici erano evidenti già nell'elaborazione di Alberico Gentili che nel suo "*De Jure Belli ac pacis*" si avvalese di numerosi richiami alla costellazione filosofica e letteraria del cosmopolitismo classico, concetti che furono rielaborati alla luce di «un'embrionale versione di quella *societas gentium* che sarebbe stata al centro dei successivi sviluppi del diritto naturale razionale, almeno a partire dalla fine del XVII secolo»⁴.

Il cosmopolitismo stoico e la teorica scolastica influenzarono anche il pensiero di Ugo Grozio che, nell'ambito di una più ampia riflessione attorno al tema del *bellum iustum*, attribuì all'individuo una serie di diritti naturali, tra i quali la «libertà di passaggio (*jus transeundi*) e i diritti di soggiorno temporaneo (*jus morandi ad tempus*) e permanente (*jus habitandi*)»⁵.

L'opera di Grozio ebbe il grande merito di inaugurare l'applicazione del metodo razionalista all'analisi giuridico-politica, nel solco di quel processo di secolarizzazione del diritto che accompagnò la nascita del giusnaturalismo moderno. Proprio a partire dalla seconda metà del XVII secolo, tale radicale rinnovamento metodologico contribuì, insieme alla nascita della comunità internazionale

² A. CASSI, *Conquista. Dallo ius communicationis allo ius belli nel pensiero di Alberico Gentili, in «Ius gentium, ius communicationis, ius belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, cit., pp. 152-153.

³ Cfr. L. LACCHÉ, *Introduzione*, cit., p. 9.

⁴ L. SCUCCIMARRA, *Societas hominum. Cosmopolitismo stoico e diritto delle genti, in «Ius gentium, ius communicationis, ius belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, cit., p. 47.

⁵ F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012, p. 39. Cfr. U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, vol. III, a cura di F. Russo e S. Mastellone, Firenze, 2002, p. 82 ss.

inaugurata dalla Pace di Westfalia del 1648, allo spostamento dell'angolo prospettico dell'analisi dei diritti naturali dal piano dell'individuo a quello statale.

In questa rinnovata chiave di lettura cambiò inevitabilmente anche il modo di intendere la libertà di migrare che da *ius peregrinandi*, ovvero da diritto fondamentale che preesiste agli ordinamenti politici, si trasformò in *ius migrandi*, «diritto solo astrattamente individuato e in realtà condizionato dal primato della sovranità dello Stato»⁶. La cifra di un simile cambiamento fu del tutto evidente nell'opera di Samuel Pufendorf secondo cui «il diritto di migrare non costituisce un diritto naturale incompressibile che l'avvento pattizio della *civitas* serve a garantire in modo più efficace, quanto piuttosto una situazione di libertà individuale determinata e limitata proprio dalle regole del *pactum societatis*, in cui si bilanciano interesse pubblico e diritti dei soggetti»⁷.

Una logica analoga caratterizzò anche le riflessioni di Christian Wolff e del suo allievo Emerich de Vattel, nelle quali la prevalenza del polo statale su quello individuale venne ulteriormente accentuata nella ricerca di una fonte in grado di legittimare l'esercizio dello *ius migrandi*. Entrambi gli Autori precisavano che il diritto di natura non riconosce che un diritto imperfetto, figura deontica di incerta definizione che, essendo priva di garanzie intese ad assicurarne l'esercizio o il rispetto, non apparteneva «propriamente alla sfera giuridica, questa coincidendo con l'insieme dei diritti perfetti»⁸. La scelta sul “se” e sul “come” regolare l'esercizio di questa libertà dipendeva, infatti, da una libera valutazione operata da ciascuna nazione attraverso l'adozione di proprie leggi pubbliche⁹.

In apparente controtendenza rispetto alle ricostruzioni teoriche brevemente richiamate si collocava il pensiero di Immanuel Kant il quale definì i suoi predecessori dei “fastidiosi consolatori” che riconoscevano sia l'autorità di un diritto internazionale razionale, quanto la sovranità degli Stati in assenza di una forma

⁶ M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Introduzione. Dimensione giuridica del fenomeno migratorio tra paradossi e artificialità, in Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Macerata, 2012, p. 9.

⁷ M. PIFFERI, *L'illusione della libertà alle origini del diritto 'negato' di emigrare*, in *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini, Milano, 2009, p. 335.

⁸ F. MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 78.

⁹ M. PIFFERI, *L'illusione della libertà alle origini del diritto 'negato' di emigrare*, *cit.*, pp. 336-337.

condivisa di coazione esterna che riconoscesse effettività allo *ius gentium*. Dopo aver, quindi, realisticamente abbandonato l'idea di dar vita ad una repubblica universale, il filosofo di Königsberg, nel "Terzo articolo definito per la pace perpetua", volse lo sguardo alla definizione di un diritto cosmopolitico che, sovraordinato rispetto sia al diritto pubblico interno che al diritto internazionale, avrebbe dovuto espressamente essere limitato alle condizioni di una ospitalità universale, da intendere come «il diritto di uno straniero, che arriva sul territorio altrui, di non essere trattato ostilmente»¹⁰. E tuttavia nell'elaborazione kantiana questa prerogativa umana non struttura un pieno diritto soggettivo dell'individuo, dal momento che «non si tratta di un diritto di ospitalità di cui egli possa fare appello [...], ma di un diritto di visita»¹¹.

Anche tale contributo filosofico, pertanto, contribuì alla configurazione di un diritto di migrare imperfetto, condizionato, asimmetrico, tutti caratteri che, a ben vedere, resteranno invariati e, anzi, si accentueranno ulteriormente con l'avvento dello Stato liberale nel quale l'effettivo esercizio dello *ius migrandi* viene sistematicamente subordinato alla soddisfazione di interessi superiori a vario titolo riconducibili al principio di sovranità statale.

È dunque agevole comprendere il motivo per cui nel panorama normativo internazionale e interno manchi ancora oggi uno statuto giuridico forte del "diritto di migrare"¹². Tale constatazione discende dall'analisi del contenuto delle principali Carte internazionali dei diritti¹³ le quali, accanto all'enunciazione della libertà di emigrare, non lasciano quasi mai spazio ad un corrispondente diritto a immigrare: è quanto risulta dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁴, con un'affermazione più o meno fedelmente ripresa da altre convenzioni internazionali, fra le quali l'art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e

¹⁰ I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. it. R. Bordiga, Milano, 2010, p. 65.

¹¹ I. KANT, *op. loc. ult. cit.*

¹² In tal senso cfr. E. CAVASINO, *Ius migrandi e controllo delle frontiere*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spena, Torino, 2015, p. 69 ss.

¹³ Per un'approfondita ricostruzione delle fonti internazionali in materia di diritto di migrare cfr. G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, 2013, n. 2, p. 438.

¹⁴ L'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 stabilisce che: «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato. 2. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese».

politici del 1966¹⁵, oltre che dall'art. 2, par. 2, del Quarto protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950¹⁶.

Tale soluzione, del resto, trova conferma nell'esame di gran parte delle Carte fondamentali moderne, la cui disciplina in materia di libertà di circolazione, soggiorno ed emigrazione è spesso riferita ai soli cittadini. È quanto accade nel nostro ordinamento nel quale tale soluzione viene avvalorata dal tenore letterale dell'art. 16 Cost. e da un'interpretazione ormai consolidata della giurisprudenza costituzionale che dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10 Cost. fa derivare l'estensione agli stranieri di un ampio catalogo di diritti fondamentali, dai quali, tuttavia, vengono tradizionalmente esclusi, oltre che i diritti politici, proprio i diritti di incolato¹⁷.

Senonché, un'interpretazione di queste disposizioni che si arresti al dato letterale rischierebbe di condurre a soluzioni interpretative incomplete e scarsamente compatibili con una realtà socio-economica profondamente mutata nel corso del tempo.

In questa direzione occorre evidenziare che, per quanto nel quadro normativo sovranazionale non si riconosca mai espressamente il diritto di immigrare, è altrettanto vero che una simile enunciazione sarebbe del tutto pleonastica dal

¹⁵ L'art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 stabilisce che: «1. Ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio. 2. Ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio. 3. I suddetti diritti non possono essere sottoposti ad alcuna restrizione, tranne quelle che siano previste dalla legge, siano necessarie per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà, e siano compatibili con gli altri diritti riconosciuti dal presente Patto. 4. Nessuno può essere arbitrariamente privato del diritto di entrare nel proprio Paese».

¹⁶ L'art. 2 del Quarto protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 stabilisce che: «1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio. 3. L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. 4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica».

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. 7 novembre 1967 (dep. 23 novembre 1967), n. 120; Corte cost., sent. 19 giugno 1969 (dep. 26 giugno 1969), n. 104. Cfr. C. CORSI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Il contrasto dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di R. Sicurella, Torino, 2012, p. 123 ss.

momento che “emigrare” e “immigrare” costituiscono un’azione naturalisticamente unica, la quale viene scomposta dualisticamente solo in senso opportunistico dagli Stati sovrani¹⁸. Ne deriva che le affermazioni dello *ius migrandi* contenute nei Trattati internazionali sopra richiamati configurano degli obblighi internazionali idonei a vincolare la potestà legislativa dello Stato *ex art. 117 Cost.* non solo rispetto al diritto di emigrare, ma anche con riferimento al corrispondente diritto di immigrare.

Quanto alla pretesa limitazione della libertà di spostamento ai soli soggetti titolari di un legame di cittadinanza, è possibile rilevare che una simile scelta politico-legislativa poteva forse apparire coerente alla luce del tradizionale modo di intendere gli elementi costitutivi dello Stato moderno. E tuttavia la ricerca di una diversa soluzione sembra imposta dai profondi cambiamenti che in campo economico, sociale e politico hanno interessato i concetti di sovranità statale e di cittadinanza, ormai irrimediabilmente incisi dai processi di globalizzazione e di integrazione europea¹⁹.

In questo mutato scenario deve ritenersi che il principio del particolarismo territoriale e il legame di appartenenza ad una certa realtà locale possano tutt’al più giustificare limitazioni normative rispetto all’esercizio dei diritti politici dello straniero²⁰, ma non anche dei diritti di soggiorno o residenza: sarebbe, infatti, quanto mai paradossale constatare che, mentre la circolazione delle merci e del denaro è

¹⁸ G. ITZCOVICH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, cit., pp. 435-436, ove l’Autore evidenzia che proprio «questa distinzione [...] è di grande importanza perché fa sì che i due diritti corrispondenti di emigrare e immigrare, pur avendo a prima vista a oggetto la medesima azione, possano essere sottoposti a discipline differenziate, come di fatto accade: l’emigrazione può essere un diritto fondamentale e l’immigrazione può essere vietata».

¹⁹ Cfr. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma, 1998, p. 87 ss.

²⁰ Sul punto, tuttavia, cfr. A. APOSTOLI, *La cittadinanza nella sfida della globalizzazione*, in *I confini mobili della cittadinanza*, a cura di A. Calore e F. Mazzetti, Torino, 2019, p. 122, ove l’Autrice, all’esito di una più ampia analisi sul significato da attribuire al concetto di cittadinanza all’indomani dei processi di globalizzazione, pone in evidenza l’esistenza di «una parte di diritti politici che sembra irragionevole riservare ai soli cittadini, quando esistono settori del corpo sociale e, talora, cittadini incipienti, che adempiono ai doveri di solidarietà sociale e contribuiscono, talora più di alcuni cittadini, alla crescita del progresso e del benessere della Repubblica. In questo senso, sembra doversi riconoscere anche ai migranti regolari il diritto di voto nelle consultazioni elettorali locali».

sempre più liberalizzata, la circolazione delle persone risulta impedita e assoggettata a condizioni di svantaggio giuridico²¹.

Del resto, il riconoscimento di un diritto alla mobilità sganciato dal vincolo della cittadinanza sembra confortato dall'impianto personalistico e solidaristico che anima la nostra Carta fondamentale (artt. 2 e 3 Cost.), dal divieto di ingiustificate disparità di trattamento rispetto al riconoscimento di un vero e proprio diritto fondamentale della persona (art. 3 Cost.) e dalla promozione degli scopi di pace e giustizia fra le Nazioni che, in una lettura evolutiva dell'art. 11 Cost.²², risulterebbe idonea a giustificare limitazioni di sovranità anche in questo settore.

2. Dallo *ius migrandi* al diritto penale dell'immigrazione

Sebbene a fronte di uno statuto giuridico incerto, il diritto di migrare è stato esercitato nel corso dei secoli in maniera costante. In particolare, se è vero che è l'epoca moderna ad essere contrassegnata da un sensibile aumento della mobilità, è altrettanto innegabile che solo nella prima metà dell'Ottocento l'emigrazione assunse le caratteristiche di un fenomeno di massa favorito da numerosi fattori, tra i quali l'accelerazione della crescita demografica, l'aumento della produttività in agricoltura e della disoccupazione nelle campagne, il grande miglioramento della rete di trasporto²³.

I processi di mobilità, soprattutto transoceanica, verso le regioni a demografia debole e ad economia forte rallentarono nel primo ventennio del Novecento – anche a causa delle restrizioni normative introdotte dalla maggior parte dei Paesi ospitanti – e subirono una significativa battuta di arresto con lo scoppio dei conflitti mondiali.

I flussi, mai del tutto interrotti, ripresero regolarmente nel secondo dopoguerra, ancorché in un contesto socio-economico profondamente mutato nel quale, da un

²¹ In questi termini cfr. U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in *Democrazia, diritti, Costituzione*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, p. 181. Per un'approfondita ricostruzione dei più recenti orientamenti sul tema cfr. C. CORSI, *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, p. 15 ss.

²² Cfr. U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, p. 129 ss.

²³ M.L. BACCI, *In cammino. Breve storia delle migrazioni*, Bologna, 2019, p. 94. Sull'opportunità di affrontare lo studio delle mobilità umane e, in particolare, lo studio delle migrazioni in una prospettiva pluridisciplinare, involgente la sociologia, l'etnografia sociale, l'antropologia, la storia e la filosofia politica, cfr. S. PALIDDA, *Per lo studio delle mobilità umane*, in *Quaderni di intercultura*, 2010, n. 2, p. 31 ss.

lato, si registrava una sostenuta spinta alla riduzione delle barriere tariffarie e doganali relative agli scambi finanziari e a quelli di beni e servizi e, dall'altro, restava ferma la permanenza di forti controlli sugli spostamenti che in questa fase si indirizzavano soprattutto dalle aree dell'Europa meridionale verso i paesi nordici²⁴. In effetti, la ricostruzione e la crescita post-bellica furono sorrette da un'offerta di manodopera abbondante e flessibile che moderava il costo del lavoro e conteneva i prezzi dei beni: nei paesi più forti (Gran Bretagna, Francia, Germania, Benelux) l'immigrazione favoriva l'autofinanziamento delle imprese, la competitività internazionale, la mobilità territoriale e intersettoriale. Nei paesi meno forti (Italia, Spagna, Portogallo, Grecia) l'emigrazione alleggeriva la disoccupazione e le rimesse degli emigranti contribuivano al miglioramento dei livelli di vita e allo sviluppo²⁵.

La crisi petrolifera del 1973 rallentò ulteriormente le spinte migratorie, dando vita ad una fase di ristrutturazione economica durante la quale le politiche di reclutamento attivo terminarono e i controlli alle frontiere si rafforzarono²⁶. È in questo momento che gran parte dei paesi dell'Europa meridionale, tra cui l'Italia, cessarono di essere paesi di emigrazione e si avviarono ad attrarre immigrazione²⁷.

Dinanzi alla progressiva espansione dei flussi migratori, il nostro Paese si mostrò sprovvisto di un adeguato corredo normativo, fino a quel momento rappresentato dalle scarse disposizioni del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza²⁸. Tale *corpus* normativo si limitava, infatti, a disciplinare il fenomeno migratorio come problema di ordine pubblico attraverso disposizioni che avevano la sostanza di regole tecniche: non stabilivano limiti o divieti all'ingresso o al soggiorno, ma, piuttosto, imponevano prescrizioni che lo straniero era tenuto a seguire qualora avesse deciso di entrare o di stabilirsi nel territorio dello Stato²⁹.

²⁴ M.L. BACCI, *op. cit.*, p. 101.

²⁵ M.L. BACCI, *op. cit.*, p. 80.

²⁶ M.L. BACCI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ Cfr. M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni*, Roma, 2019, pp. 51-52, ove l'Autore evidenzia la necessità di ridimensionare la visione di passaggio dell'Italia da paese di emigrazione a paese di immigrazione. In questa fase, infatti, i nuovi ingressi si inseriscono in un contesto di transizione nel quale sono ancora numerosi gli espatri e particolarmente imponenti gli spostamenti interni alla penisola: dal Sud verso il Nord del paese, dalle campagne alle città, dalle aree interne verso le zone costiere.

²⁸ Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, recante "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza".

²⁹ A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 506. A titolo esemplificativo basti considerare l'art. 142 T.U.l.p.s. che incriminava la trasgressione dell'obbligo imposto allo straniero di presentazione all'autorità di

In questo mutato scenario l'anno 1963 assunse un particolare significato, in quanto il 4 dicembre il Ministero del lavoro e della previdenza sociale adottò la circolare n. 51 che molti studiosi hanno individuato «come il primo anello di quella lunghissima catena di disposizioni e di iniziative che hanno di fatto governato – in modo disordinato e poco coerente – la realtà dell'immigrazione straniera prima del varo di una legislazione organica»³⁰. La circolare in parola imponeva agli stranieri che desideravano fare ingresso nel territorio nazionale di ottenere il rilascio di un'autorizzazione al lavoro da parte degli uffici provinciale del lavoro, documento indispensabile anche per il riconoscimento del permesso di soggiorno da parte delle questure competenti³¹.

Un'altra tappa particolarmente significativa fu rappresentata dalla ratifica da parte del Parlamento italiano nel 1981 della Convenzione OIL del 1975, n. 143³², la quale ispirerà in più punti la successiva l. n. 943/1986 che prese il nome del deputato democristiano Franco Foschi³³. Quest'ultima novella si limitò «a dare la veste della legge al *corpus* delle circolari ministeriali che erano andate stratificandosi nel tempo, creando anzi [...] un sistema di collocamento ancora più farraginoso di quello precedente»³⁴. Essa, infatti, rispetto all'ingresso nel Paese per motivi di lavoro, dispose un complicato sistema di collocamento all'estero che andava a sviluppare il nucleo già abbozzato nella circolare del Ministero del lavoro del 1963. In particolare,

pubblica sicurezza per dare contezza di sé e fare la dichiarazione di soggiorno, obbligo che doveva essere adempiuto entro tre giorni dall'ingresso. A tal riguardo cfr. A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 46, ove si sottolinea che tale previsione realizzava un'incriminazione diretta dell'ingresso *contra ius* dello straniero, dato che «pur riguardando una condotta diversa e successiva a quella relativa all'ingresso nel territorio dello Stato, la figura di reato assicurava “il più ampio controllo sugli ingressi”».

³⁰ M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 37.

³¹ In pratica, la procedura imponeva allo straniero ancora all'estero di stipulare, prima della sua partenza, un contratto di assunzione con un datore di lavoro. La proposta di contratto, presentata dallo stesso datore, era sottoposta a due regimi di controllo: la questura verificava l'esistenza di eventuali precedenti penali a carico dello straniero e rilasciava al datore di lavoro un nulla-osta all'ingresso in Italia per il lavoratore richiesto; l'Ufficio provinciale del lavoro concedeva successivamente la vera e propria “autorizzazione al lavoro”, dopo aver accertato l'indisponibilità di manodopera italiana mediante la pubblicazione della domanda sul bollettino del Ministero. Ottenuti il nulla-osta e l'autorizzazione, il datore di lavoro poteva chiamare lo straniero il quale entrava in Italia con il visto di ingresso e poteva successivamente essere assunto, previo rilascio del permesso di soggiorno.

³² Adottata dalla Conferenza generale dell'OIL il 24 giugno 1975, resa esecutiva in Italia con la l. 10 aprile 1981, n. 158.

³³ L. 30 dicembre 1986, n. 943, recante “Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine”.

³⁴ W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013, p. 107.

si prevede l'istituzione di speciali liste di collocamento di lavoratori extracomunitari cui era possibile iscriversi anche dall'estero, cosicché i datori di lavoro interessati all'assunzione di stranieri non ancora entrati in Italia potevano presentare apposita domanda numerica di assunzione, attingendo alle graduatorie degli iscritti nelle liste³⁵. A seguito dell'istanza datoriale, l'Ufficio provinciale del lavoro, dopo aver accertato l'indisponibilità di manodopera italiana, rilasciava la vera e propria "autorizzazione al lavoro", documento propedeutico sia all'ottenimento del visto di ingresso per entrare in Italia, che al successivo rilascio del permesso di soggiorno una volta giunto nel Paese.

Negli anni compresi tra il 1989 e il 1992 si registrò una vera e propria svolta nello scenario europeo delle migrazioni, sul quale si innestarono mobilitazioni di massa, la caduta della cortina di ferro, la diversificazione dei flussi da Asia e Africa, la diffusione del dibattito sull'immigrazione in settori sempre più ampi dell'opinione pubblica.

In questo nuovo contesto venne in rilievo un evento di cronaca destinato a divenire uno spartiacque nella storia dell'immigrazione in Italia, ovvero l'uccisione a Villa Literno il 25 agosto del 1989 di Jerry Essan Masslo, rifugiato politico sudafricano e bracciante agricolo stagionale da tempo impegnato nei percorsi di rivendicazione dei diritti dei lavoratori stranieri. Tale episodio provocò una dirompente ondata di antirazzismo che si materializzò in una coalizione variegata di sindacati, associazioni, organizzazioni cattoliche e laiche le quali pretesero una risposta forte da parte delle istituzioni³⁶. È così che il Governo, incalzato dalle mobilitazioni, adottò il d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, poi convertito dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39³⁷ – più comunemente nota come "legge Martelli" –, primo

³⁵ S. BONTEMPELLI, *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso dei «decreti flussi»*, in *Tutela dei diritti dei migranti*, a cura di P. Consorti, Pisa, 2009, p. 119.

³⁶ M. COLUCCI, *op. cit.*, pp. 82 e 84.

³⁷ Rubricato "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo". Nella genesi di questo provvedimento non vanno, tuttavia, sottaciute anche le molteplici pressioni provenienti dai Paesi comunitari, critici verso l'assenza in Italia di un sistema di controlli alle frontiere e di pianificazione dei flussi. Sul punto cfr. M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 89, in cui l'Autore evidenzia il fatto che, non casualmente, l'Italia aderirà al percorso di Schengen solo all'indomani dell'approvazione della riforma. L'adesione italiana, in particolare, arriva il 27 novembre 1990, in occasione della firma (da parte di Germania, Francia, Belgio, Olanda e Lussemburgo) dell'accordo supplementare di Schengen che prevedeva la progressiva scomparsa delle frontiere interne, la condivisione dei provvedimenti di polizia di

provvedimento organico in materia con il quale si avviò una stagione normativa che, anche negli anni a venire, non perderà mai il proprio approccio emergenziale al fenomeno migratorio³⁸.

Quanto al contenuto della novella, rilevante fu il significativo ampliamento – o forse sarebbe meglio parlare di effettivo riconoscimento – del diritto di asilo in Italia, fino ad allora limitato dalla previsione di una riserva temporale e di una riserva geografica in favore dei soli eventi verificatisi sul territorio europeo³⁹.

Con riferimento, invece, alla disciplina dell'ingresso e del soggiorno sul territorio nazionale, la legge in esame, da un lato, attuò una consistente regolarizzazione degli stranieri irregolari attraverso un intervento di sanatoria per le persone che dimostravano di risiedere in Italia al 31 dicembre 1989; dall'altro, introdusse una programmazione quantitativa dei flussi dei lavoratori extracomunitari tramite decreti annuali. In particolare, «alle procedure di selezione previste dalla precedente legge Foschi, la nuova normativa [aggiunse] il criterio della limitazione numerica: il governo sarebbe quindi stato chiamato a decidere annualmente, attraverso un proprio decreto (detto “decreto flussi”), la quota massima di autorizzazioni al lavoro rilasciabili per l'anno in corso»⁴⁰.

A presidio dell'osservanza di tali previsioni, la “legge Martelli” predispose un poderoso apparato sanzionatorio che si componeva di strumenti penalistici e, soprattutto, amministrativi.

frontiera, il controllo dei flussi, lo scambio delle informazioni, il rafforzamento delle frontiere esterne tra i paesi contraenti.

³⁸ Sulla tendenza del legislatore a ricorrere a modelli normativi di tipo emergenziale cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, *passim*.

³⁹ Giova, infatti, rammentare che l'Italia, in sede di ratifica della convenzione di Ginevra, aveva formulato una doppia riserva, temporale e geografica. La prima circoscriveva agli eventi precedenti al 1° gennaio 1951 le cause delle persecuzioni rispetto alle quali poteva essere accordato lo *status* di rifugiato e la sua fine risale al 1967, in coincidenza con il Protocollo di New York. La riserva geografica, invece, limitava l'accoglienza per quegli eventi verificatisi sul territorio europeo, con chiaro riferimento ai dissidenti in fuga dai regimi socialisti e la sua fine consegue proprio all'adozione della “legge Martelli”. In particolare, l'art. 1, co. 1, l. 28 febbraio 1990, n. 39, stabiliva che: «Dalla data di entrata in vigore del presente decreto cessano nell'ordinamento interno gli effetti della dichiarazione di limitazione geografica e delle riserve di cui agli articoli 17 e 18 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con legge 24 luglio 1954, n. 722, poste dall'Italia all'atto della sottoscrizione della convenzione stessa».

⁴⁰ S. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 122.

Sotto il primo profilo, fu significativa l'introduzione operata dall'art. 3, co. 8, l. n. 39/1990⁴¹ del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con il quale si sanzionava penalmente qualsiasi condotta agevolatrice di un fatto di per sé penalmente irrilevante, dato che l'ingresso *contra ius* rivestiva ancora la natura giuridica di mero illecito amministrativo⁴².

Sotto il secondo profilo, invece, l'intervento normativo in esame si caratterizzò per un sensibile rafforzamento della disciplina delle espulsioni. Venne, infatti, ampliato il catalogo dei reati-presupposto dell'espulsione quale misura di sicurezza⁴³ e furono inoltre disciplinate due nuove figure di espulsione amministrativa⁴⁴ a dimostrazione di quanto questa novella avesse attribuito «all'espulsione un ruolo di assoluta centralità nel governo dell'immigrazione, un ruolo che la successiva legislazione non riuscirà a ridimensionare»⁴⁵.

Un punto di debolezza della nuova legge fu individuato nella disciplina dell'esecuzione delle misure di allontanamento, ritenuta troppo accomodante in quanto imperniata sull'istituto dell'intimazione ad abbandonare il territorio dello Stato rivolta allo straniero che, quindi, solo in caso di inottemperanza all'ordine, veniva accompagnato coattivamente alla frontiera⁴⁶. Proprio nell'ottica di sopperire alle denunciate carenze, intervennero le successive modifiche legislative le quali, anche a causa del susseguirsi convulso di formazioni governative prive di stabilità politica, non riuscirono però ad approntare interventi di ampio respiro⁴⁷.

⁴¹ L'art. 3, co. 8, l. n. 39/1990 recitava: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto punito con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire due milioni. Se il fatto è commesso a fine di lucro, ovvero da tre o più persone in concorso tra loro, la pena della reclusione da due a sei anni e della multa da lire dieci milioni a lire cinquanta milioni».

⁴² A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 48.

⁴³ L'art. 7, co. 2, l. n. 39/1990 stabiliva che: «Sono altresì espulsi da territorio nazionale gli stranieri che violino le disposizioni in materia di ingresso e soggiorno, oppure che si siano resi responsabili, direttamente o per interposta persona, in Italia o all'estero, di disposizioni fiscali italiane o delle norme sulla tutela del patrimonio artistico, o in materia di intermediazione di manodopera nonché di sfruttamento della prostituzione o del reato di violenza carnale e comunque dei delitti contro la libertà sessuale».

⁴⁴ La prima, facoltativa, applicabile in presenza dei presupposti individuati dall'art. 1 della l. n. 1423/1956 e dall'art. 1 della l. n. 575/1965; la seconda, di competenza non prefettizia, ma ministeriale, adottabile per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato.

⁴⁵ A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 5.

⁴⁶ A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 6.

⁴⁷ Ci si riferisce, in particolare, al d.l. 14 giugno 1993, n. 187 (c.d. "decreto Conso") e al d.l. 18 novembre 1995, n. 489 (c.d. "decreto Dini"), che, reiterato per ben cinque volte, non venne alla fine convertito.

Il progressivo incremento dei flussi migratori, alimentato dalla crisi attraversata dai Paesi balcanici, e l'estrema frammentarietà del quadro legislativo resero sempre più avvertita l'esigenza di una regolazione sistematica della materia che si ponesse l'obiettivo di allineare il dato normativo ad una realtà sociale profondamente mutata nel corso del tempo⁴⁸.

Tale bisogno venne solo in parte soddisfatto dalla l. 6 marzo 1998, n. 40 – meglio nota come “legge Turco-Napolitano” –, poi confluita nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (di qui in poi, T.U. imm.)⁴⁹. Si trattava di un intervento finalizzato a riformulare i criteri per governare l'ingresso degli stranieri, la loro permanenza, la loro integrazione, mentre restavano «fuori dalla legge diversi temi che al contrario erano stati sollevati dal Parlamento: molte questioni legate al diritto di asilo, la riforma della legge sulla cittadinanza del 1992, il diritto di voto»⁵⁰. Per tali ragioni è stato giustamente osservato «che il testo di questa legge, dapprima alquanto avanzato rispetto agli *standard* europei, nel corso del suo cammino legislativo ha finito per perdere alcuni degli aspetti più innovativi ed egualitari»⁵¹.

Tra le modifiche salutate con favore dagli studiosi si ritrovava l'attribuzione allo straniero dei «diritti fondamentali della persona previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»⁵², oltre che il diritto di partecipare alla vita pubblica locale⁵³ e l'affermazione della «parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi»⁵⁴.

E tuttavia, nonostante queste apprezzabili disposizioni programmatiche, l'ingresso e la permanenza dello straniero sul territorio nazionale risultavano ancora

⁴⁸ M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 118, ove l'Autore sottolinea che nel giro di pochi anni gli stranieri soggiornanti raddoppiarono, i flussi si fecero più articolati e si consolidò la componente di popolazione straniera connotata da una notevole pluralità di presenze.

⁴⁹ Recante “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”. Occorre evidenziare, infatti, che l'art. 47, co. 1, l. n. 40/1998 aveva delegato il Governo ad emanare, entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, un decreto legislativo contenente il Testo unico delle disposizioni concernenti gli stranieri.

⁵⁰ M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 119.

⁵¹ A. RIVERA, *Estranei e Nemici. Discriminazione e violenza razzista in Italia*, Roma, 2003, p. 44. Sul punto cfr. anche S. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 127 ss.

⁵² Art. 2, co. 1, l. n. 40/1998, confluito nell'art. 2, co. 1, T.U. imm.

⁵³ Art. 2, co. 3, l. n. 40/1998, confluito nell'art. 2, co. 4, T.U. imm.

⁵⁴ Art. 2, co. 4, l. n. 40/1998, confluito nell'art. 2, co. 5, T.U. imm.

legate a presupposti legali fortemente restrittivi⁵⁵. La disciplina dettata in materia di ingresso e soggiorno, infatti, confermava il “sistema delle quote” introdotto dalla “legge Martelli”, sicché la possibilità di fare ingresso nel Paese restava subordinata ad una preventiva autorizzazione al lavoro il cui rilascio dipendeva dalla sussistenza di una “chiamata nominativa” e dal rispetto del limite numerico individuato annualmente con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri⁵⁶.

La rigidità di tale meccanismo di reclutamento venne temperata solo dagli istituti della “Prestazione di garanzia per l’accesso al lavoro” (c.d. *sponsor*, art. 21 l. n. 40/1998)⁵⁷ e dei “Ricongiungimenti familiari” (art. 27 l. n. 40/1998, poi confluito nell’art. 29 T.U. imm.)⁵⁸. Al di fuori di queste previsioni, non furono, invece, adeguatamente considerate esigenze di ingresso diverse da quelle lavorative o meccanismi di regolarizzazione dei migranti irregolari. A fronte di un simile assetto normativo il passaggio dallo *status* di regolare a quello di irregolare poteva avvenire con estrema facilità «grazie non solo alla difficoltà obiettiva di acquistare e conservare i requisiti necessari al rinnovo dei titoli di soggiorno, ma anche alla farraginosità delle procedure amministrative, affidate alla gestione dell’autorità di polizia»⁵⁹.

Quanto alla disciplina delle espulsioni, venne previsto un nuovo procedimento per la loro esecuzione. Accanto al tradizionale rimpatrio volontario collegato all’intimazione da parte del prefetto a lasciare il paese entro quindici giorni, all’art. 13 T.U. imm. fu introdotta la possibilità di ricorrere all’accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica, su provvedimento del questore in due casi: quando lo straniero si tratteneva senza titolo nel territorio dello Stato oltre il

⁵⁵ In questo senso, cfr. A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., p. 11. Sul punto cfr. L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1988)*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 14, che utilizza la definizione particolarmente efficace di immigrato quale «ospite in prova perpetua».

⁵⁶ Proprio rispetto a questo farraginoso e complesso meccanismo cfr. A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 17 ss., ove si parla di «incontro planetario tra domanda e offerta di lavoro».

⁵⁷ In pratica, uno straniero che intendeva venire in Italia per svolgere un’occupazione, ma che non aveva un contratto di lavoro già pronto prima della partenza, poteva comunque ottenere il visto di ingresso, a condizione che una persona residente in Italia garantisse il suo mantenimento per il tempo necessario al reperimento di un impiego. Sul punto cfr. S. BONTEMPELLI, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁸ L’ambito di applicazione di tali strumenti, peraltro, verrà notevolmente limitato dalla successiva l. n. 189/2002 che, da un lato, ha eliminato il sistema dello *sponsor* e, dall’altro, ha inasprito i presupposti di operatività dei ricongiungimenti. Sul punto cfr. A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 18 ss.

⁵⁹ A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, cit., p. 11.

termine fissato e nel caso in cui il prefetto rilevasse il concreto pericolo che lo straniero potesse sottrarsi all'esecuzione del provvedimento.

E tuttavia tra le novità del nuovo Testo Unico la misura amministrativa che assunse maggiore rilievo fu certamente rappresentata dall'introduzione dell'istituto del trattenimento all'interno dei "Centri di permanenza temporanea", destinati a mutare più volte denominazione, ma non sostanza, nel corso degli anni⁶⁰. L'art. 14 T.U. imm., in particolare, stabilì che ove non fosse possibile eseguire immediatamente il provvedimento di respingimento alla frontiera o l'espulsione mediante accompagnamento coatto alla frontiera, il questore poteva disporre il trattenimento dello straniero presso uno dei suddetti centri per un periodo massimo di venti giorni, prorogabile di ulteriori dieci giorni.

Tutte le modifiche normative fin qui richiamate contribuirono, dunque, a dare forma ad un vero e proprio sotto-sistema normativo connotato da caratteri di indubbia specialità nell'ordinamento interno. Esso, infatti, sul piano strutturale si caratterizzava per l'ambiguo intreccio tra fattispecie penali e amministrative, mentre sul piano funzionale manifestava un'univoca convergenza verso il perseguimento di un obiettivo comune rappresentato dall'allontanamento dello straniero irregolare dai confini nazionali.

3. L'evoluzione della disciplina del Testo unico attraverso la lente della *crimmigration*

Il Testo Unico del 1998 rappresenta un imprescindibile punto di partenza nell'analisi dell'evoluzione legislativa dell'immigrazione dal momento che, come si è avuto modo di vedere, la sua versione originaria già conteneva *in nuce* i primi germogli di quel processo, destinato ad ampliarsi con i successivi provvedimenti in materia, cui gli studiosi hanno dato il nome di *crimmigration*⁶¹. Si tratta di un

⁶⁰ Cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, Roma, 2013; A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, p. 573 ss.; R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Quest. giust.*, 2014, p. 51 ss.

⁶¹ Cfr. J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American Law Review*, vol. 56(2), 2006, p. 367 ss.; M. PROVERA, *The Criminalisation of Irregular*

«neologismo evocativamente coniato nella letteratura statunitense per riferirsi all'intreccio [...] fra logica criminale ed efficientismo amministrativo nel perseguimento di quello che sembra essere ormai diventato l'obiettivo cruciale delle politiche migratorie di molti paesi occidentali, ovvero l'esclusione dello straniero indesiderabile»⁶².

Le linee direttrici lungo le quali si è sviluppato e si sviluppa tuttora il fenomeno della *crimmigration* sono essenzialmente tre: il consistente ricorso a misure limitative della libertà dello straniero, prima fra tutte, la 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 penali⁶³.

Traslando tali coordinate ermeneutiche al Testo unico del 1998, emerge il dato per cui sin dall'inizio dei primi anni del nuovo millennio il diritto dell'immigrazione presenta quasi tutti i caratteri fondamentali che contraddistinguono le politiche di *crimmigration*. In tal senso depone l'introduzione dell'istituto della detenzione amministrativa, l'ampio ricorso a fattispecie incriminatrici volte a sanzionare l'inosservanza della disciplina in materia di ingresso e soggiorno, oltre che le molteplici ricadute che la commissione di reati comporta sul diritto a entrare o permanere legalmente sul territorio. Ciascuna di queste componenti ha poi subito una significativa implementazione nel corso del tempo, sebbene con modulazioni differenti a seconda delle contingenze storiche e della composizione politica delle forze di governo⁶⁴.

Migration in the European Union, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 195 ss.

⁶² A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, cit., p. 496. Sull'opportunità di una rilettura dei meccanismi di esclusione sociale che riguardano i migranti in termini di "inclusione differenziale", cfr. S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Bologna, 2001; ID., *Moltiplicazione dei confini e pratiche di mobilità*, in *Ragion Pratica*, 2013, n. 2, p. 413 ss.

⁶³ Cfr. A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, cit., p. 495 ss.; G.L. GATTA, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 675 ss.; L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.*, 24 luglio 2019, p. 1 ss.

⁶⁴ Tale aspetto viene ben evidenziato da L. MASERA, *Il diritto penale del "nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 815 ss.

In questo senso, un carattere piuttosto uniforme ha contraddistinto la disciplina del trattenimento amministrativo dello straniero che, ancorché oggetto di continui rimaneggiamenti normativi, rappresenta ancora oggi una costante delle politiche legislative di contrasto all'immigrazione irregolare.

Uno sviluppo meno lineare ha caratterizzato, di contro, la seconda strategia della *crimmigration* che può essere racchiusa nella locuzione di criminalizzazione “in senso stretto”, dato che il ricorso a fattispecie penali poste a presidio del diritto dell'immigrazione ha conosciuto sorti alterne nel corso del tempo.

Quanto alla previsione di conseguenze amministrative che derivano dalla commissione di reati, vale rilevare una progressiva espansione del loro ambito applicativo, secondo una pervasiva logica di criminalizzazione “in senso lato” che oggi colpisce non solo il migrante irregolare, ma anche il richiedente asilo.

È proprio su queste singole declinazioni della *crimmigration* che si intende soffermare l'attenzione nei prossimi paragrafi, lasciando spazio, da ultimo, a qualche riflessione su quell'insieme di disposizioni che mirano a colpire non tanto il migrante in quanto tale, quanto chiunque gli presti assistenza al fine di fare ingresso irregolarmente nel Paese. Proprio quest'ultimo nucleo normativo sembra delineare un'ulteriore tendenza delle politiche migratorie degli ultimi tempi, quella alla criminalizzazione indiretta delle migrazioni, potenziale espressione di una nuova strategia attuativa della *crimmigration*⁶⁵.

4. La prima direttrice: la detenzione amministrativa in Italia

Una delle più evidenti manifestazioni del processo di *crimmigration* è rappresentato dall'ingente ricorso, operato in sede sia legislativa che giudiziale, a misure limitative della libertà dei migranti, prima fra tutte la detenzione amministrativa.

L'esame della relativa disciplina non può che prendere le mosse da un episodio chiave nella storia del nostro Paese, rappresentato dall'internamento nello Stadio

⁶⁵ Cfr. L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà di uno Stato democratico*, in *federalismi.it*, 2019, n. spec. 2, p. 18 ss.; A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1860 ss.; F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disuguaglianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3, p. 1 ss.

della Vittoria di Bari, avvenuto il 9 agosto 1991 e durato circa sette giorni, di circa 10.000 albanesi sbarcati in quei giorni sulle coste pugliesi⁶⁶. Si tratta di un evento molto significativo che ha documentato «una modalità nuova nel patrimonio tecnico di spersonalizzazione degli esseri umani. Pochi anni dopo, nell'estate del 1998, l'Italia avrà modo di perfezionare tale modello»⁶⁷ in quanto «i campi di “permanenza temporanea” istituiti in Italia, a partire dalla legge sull'immigrazione del febbraio 1998, non sono che una forma di razionalizzazione dell'internamento di Bari e di altri campi allestiti nel 1997 per gli albanesi»⁶⁸.

Sul piano giuridico, i primi interventi che si indirizzarono verso una progressiva istituzionalizzazione della prassi dell'internamento dei migranti furono costituiti da due decreti legge della prima metà degli anni Novanta. Il primo di tali provvedimenti, il d.l. n. 489/1995 (c.d. “decreto Dini”), andando a modificare l'art. 7, co. 5, della l. n. 39/1990 stabilì che «quando per l'esecuzione dell'espulsione [...] occorre[va] procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità della persona da espellere, ovvero all'acquisizione di documenti o visti, ovvero nei casi in cui vi [fosse] il pericolo che la persona si [sottraesse] all'esecuzione del provvedimento, l'autorità giudiziaria dispone[va] la misura dell'obbligo di dimora, ai sensi dell'art. 283 del codice procedura penale, per il tempo necessario e comunque non oltre trenta giorni». Tale misura, in particolare, potevsi eseguirsi presso uno degli “edifici” o delle “strutture” indicate all'interno del provvedimento giudiziale e scelte fra quelle individuate con uno o più decreti del Ministro dell'interno. Si funzionalizzava, in tal modo, l'applicazione di una misura cautelare personale coercitiva ai procedimenti di espulsione giudiziaria, con facoltà

⁶⁶ Per un'articolata ricostruzione della vicenda cfr. M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 94 ss., ove l'Autore ricorda che il mercantile Vlora prima di attraccare nel porto di Bari «aveva fatto scalo a Durazzo per depositare un carico di zucchero proveniente da Cuba. Il porto di Durazzo era stato di fatto abbandonato dalle istituzioni competenti e migliaia di persone si erano imbarcate a forza chiedendo al comandante, anche sotto la minaccia di armi, di mettersi in viaggio verso l'Italia. [...] Inizialmente rifiutata dalla capitaneria del porto di Brindisi, l'imbarcazione si avvicina a Bari presentando notevoli problemi al motore. Paventando una catastrofe umanitaria imminente, il comandante insiste per entrare in porto forzando l'*alt* della capitaneria. Le autorità decidono di non ostacolare l'avvicinamento della nave da cui in molti si stanno già tuffando per raggiungere la riva a nuoto».

⁶⁷ A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999, p. 184.

⁶⁸ A. DAL LAGO, *op. cit.*, p. 185.

di proporre riesame a norma dell'art. 309 c.p.p., sebbene con termini ridotti della metà⁶⁹.

Il secondo provvedimento prodromico al riconoscimento dell'attuale regime di detenzione amministrativa fu rappresentato dal d.l. 30 ottobre 1995, n. 451⁷⁰, il quale, a fronte del sensibile aumento dei flussi migratori provenienti dalle coste balcaniche, all'art. 2, co. 1, predispose lo stanziamento di un'ingente somma «da destinarsi anche alla istituzione, a cura del Ministero dell'interno, sentita la Regione Puglia, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri»⁷¹. Per la prima volta l'espressione "centri" comparve all'interno di un testo legislativo ma, a dispetto del fine dichiarato dalla previsione, tali strutture sarebbero state destinate ad assolvere una funzione tutt'altro che assistenziale e/o umanitaria.

Occorrerà, tuttavia, attendere la l. n. 40/1998 per l'ufficiale riconoscimento normativo dell'istituto del trattenimento amministrativo. In particolare, l'art. 12 di tale provvedimento, poi trasposto nell'attuale art. 14 T.U. imm., stabilisce ancora oggi che ove non sia possibile eseguire immediatamente il provvedimento di respingimento alla frontiera o l'espulsione mediante accompagnamento coatto alla frontiera a causa della necessità di procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, o ancora per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore può disporre il trattenimento dello straniero per un periodo massimo venti giorni, prorogabile di ulteriori dieci giorni presso uno di quelli che il testo del 1998 definisce Centri di Permanenza Temporanea⁷². A garanzia del ristretto, l'ordine di "trattenimento" del questore deve essere comunicato entro quarantotto ore al pretore, il quale provvede a convalidarlo entro le successive quarantotto ore.

L'introduzione nel nostro ordinamento di una forma di detenzione che prescinde dalla commissione di reati e che viene disposta dall'autorità amministrativa e solo

⁶⁹ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 7-8.

⁷⁰ Recante "Disposizioni urgenti per l'ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella Regione Puglia", conv. dalla l. 29 dicembre 1995, n. 563 (c.d. "legge Puglia").

⁷¹ M. COLUCCI, *op. cit.*, p. 115.

⁷² Cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, cit., pp. 10-11.

convalidata da quella giudiziaria ha suscitato sin da subito accese polemiche. Sono, infatti, di immediata evidenza i dubbi di legittimità costituzionale che tale istituto suscita in punto di rispetto di quelle garanzie dell'*habeas corpus* scolpite nell'art. 13 Cost. il quale, a presidio della libertà personale, pone una doppia riserva, di giurisdizione e di legge.

Quanto alla riserva di giurisdizione, le maggiori perplessità sorte nella prassi applicativa risiedono nella limitazione del giudizio di convalida giudiziale al solo provvedimento di trattenimento dello straniero, con esclusione, invece, di quello di accompagnamento coattivo alla frontiera che, dunque, continuerebbe a produrre effetti nei confronti del ristretto nonostante la mancata convalida. Su tale questione è intervenuta la sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale la quale, dopo aver riconosciuto che il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza «è una misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione, ha escluso l'esistenza di un *vulnus* di tutela giurisdizionale, dato che, alla luce di argomenti testuali e considerazioni di ordine sistematico, è possibile ritenere che il controllo del giudice investa «non solo il trattenimento, ma anche l'espulsione amministrativa nella sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica»⁷³.

Maggiori rilievi critici continuano, invece, ad addensarsi attorno alla compatibilità di questa forma di detenzione con la riserva di legge prevista dall'art. 13 Cost., a mente della quale spetta alla fonte legislativa la disciplina dei “casi” e dei “modi” che consentono la restrizione della libertà⁷⁴. A tal riguardo sembrano patenti i profili di tensione con il dettato costituzionale dato che l'art. 14, co. 2, T.U. imm. si limita a prevedere che il trattenimento si svolga secondo modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della dignità dello straniero; il diritto a ricevere – tradotti in lingua comprensibile – i provvedimenti di ingresso, soggiorno, espulsione; la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno⁷⁵. La

⁷³ Corte cost., sent. 22 marzo 2001 (dep. 10 aprile 2001), n. 105, in *dejure.it*.

⁷⁴ Cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in *I migranti sul sentiero del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, a cura di F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, Torino, 2020, p. 205 ss.

⁷⁵ A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E» è incostituzionale*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 11 maggio 2012, p. 13.

regolazione di ogni altro aspetto è invece demandata a fonti regolamentari e sub-regolamentari il cui disordinato avvicendamento nel corso degli anni non ha fatto altro che alimentare le disparità di trattamento e le disfunzioni applicative⁷⁶. In questo senso, un'indagine svolta nel 2014 dalla Commissione per i diritti umani del Senato ha messo in luce le insufficienze strutturali e l'assoluta inadeguatezza delle modalità di trattenimento rispetto agli *standard* minimi di tutela della dignità dei ristretti.

Sulla scorta di tali rilievi, il 20 ottobre 2014 il Ministero dell'interno ha fissato con proprio decreto i "Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione previsti dall'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, 286 e successive modificazioni". L'intervento risponde all'esigenza di assicurare regole e livelli di accoglienza uniformi per l'organizzazione dei C.I.E. e per l'erogazione dei servizi all'interno degli stessi. Le modifiche introdotte, tuttavia, non hanno risolto le maggiori criticità registrate nella gestione delle strutture di trattenimento, ancora oggi connotate da un generale sovraffollamento, dall'assenza di un'adeguata tutela legale e di contatti con l'esterno, da scarse condizioni igienico-sanitarie, da numerosi casi di autolesionismo e dall'uso smisurato di psicofarmaci da parte dei trattenuti⁷⁷.

4.1. Dai C.P.T., ai C.I.E., ai C.P.R.

Il sistema di detenzione amministrativa tracciato tra il 1995 ed il 1998 ha conosciuto un rilevante ampliamento del proprio ambito di operatività a seguito dell'emanazione della l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. "legge Bossi-Fini") la quale ha confermato l'impianto normativo previgente con due significative modifiche⁷⁸.

⁷⁶ MEDICI SENZA FRONTIERE, *Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia*, Roma, 2010, *passim*.

⁷⁷ COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, in www.senato.it, gennaio 2017, p. 1 ss.

⁷⁸ In questo senso cfr. G. CAMPESI, *I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 228.

In primo luogo, essa ha trasformato l'espulsione con accompagnamento coatto alla frontiera in modalità ordinaria di esecuzione dell'espulsione⁷⁹, alla quale si aggiunge il trattenimento ogniqualvolta non sia possibile eseguire direttamente la misura. Di conseguenza, data l'ordinaria ricorrenza di motivi ostativi al rimpatrio dello straniero, è evidente che anche il trattenimento all'interno dei centri di detenzione, da strumento residuale, va a porsi come nuova regola nella gestione dei rimpatri.

Oltre che sulle modalità di esecuzione dell'espulsione, il legislatore del 2002 è intervenuto anche sul termine massimo di permanenza nei centri. Il novellato art. 14, co. 5, T.U. imm., infatti, una volta trascorsi i primi trenta giorni di detenzione, ha riconosciuto al questore la facoltà di chiedere una proroga di ulteriori trenta giorni⁸⁰, giungendo, così, ad una durata complessiva di sessanta giorni.

La disciplina della detenzione amministrativa – e con essa, più in generale, la disciplina in materia di immigrazione – ha subito un ulteriore inasprimento con i c.d. “pacchetti sicurezza” del 2008 e del 2009. Tale considerazione non si riferisce tanto al d.l. n. 92/2008, che si è limitato a mutare la denominazione dei “Centri di permanenza temporanea” (C.P.T.) in “Centri di identificazione ed espulsione” (C.I.E), quanto alle modifiche introdotte dalla l. n. 94/2009, intervenuta ancora una volta sul termine massimo di trattenimento nei suddetti centri che è stato portato da sessanta a centottanta giorni⁸¹.

⁷⁹ L'art. 12, co. 4, l. n. 189/2002 stabiliva che: «L'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al comma 5».

⁸⁰ La riforma del 2002 si è poi caratterizzata per l'istituzione di nuovi luoghi di detenzione amministrativa per gli stranieri richiedenti asilo, ovvero i Centri di Assistenza per Richiedenti Asilo (C.A.R.A.), ai quali si può ricorrere tutte le volte in cui è necessario verificare l'identità o la nazionalità dello straniero non fornito di documenti di viaggio o di identità, oppure verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo non immediatamente disponibili. Difatti, nonostante l'art. 32 l. n. 189/2002 preveda che «il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la domanda presentata», si contempla una serie di casi dove è possibile o addirittura necessario procedere alla detenzione del richiedente asilo.

⁸¹ Decorso inutilmente il termine di trenta giorni dall'inizio del trattenimento, il questore poteva chiedere al giudice di pace una prima proroga, di ulteriori trenta giorni, nel caso in cui l'accertamento dell'identità, o nazionalità del trattenuto, ovvero l'acquisizione dei documenti per il viaggio presentino «gravi difficoltà». La seconda e la terza proroga, ossia quelle introdotte con la l. n. 94/2009, erano di sessanta giorni ciascuna, e potevano essere disposte, sempre su richiesta del questore, quando vi fosse mancata cooperazione al rimpatrio da parte dell'interessato, ovvero si verificassero ritardi nell'ottenimento della documentazione da parte di Paesi terzi. L'unico ulteriore requisito richiesto per la seconda delle due proroghe di sessanta giorni era dato dal compimento di ogni ragionevole sforzo per l'esecuzione dell'espulsione.

Dei cambiamenti normativi ancor più significativi si sono registrati, poi, per effetto del diritto europeo e, in particolare, della direttiva 2008/115/CE (c.d. “direttiva rimpatri”) che ha fissato in diciotto mesi il termine massimo di detenzione e ha inciso sensibilmente sulle modalità di esecuzione delle espulsioni. In particolare, se la disciplina interna da poco modificata, per un verso, riconosceva come modalità esecutiva ordinaria il rimpatrio coattivo dello straniero e, per altro verso, non considerava affatto misure restrittive della libertà dello straniero meno invasive, la direttiva in esame, invece, da un lato, ha imposto come schema esecutivo ordinario quello della c.d. “partenza volontaria” e, dall’altro, ha subordinato il ricorso al trattenimento amministrativo all’applicazione di misure meno restrittive.

L’Italia ha provveduto alla trasposizione della direttiva, con sei mesi di ritardo rispetto al termine di attuazione fissato, attraverso il d.l. n. 89/2011, convertito dalla l. 2 agosto 2011, n. 129⁸². Rispetto ai limiti temporali di applicazione della detenzione amministrativa, il novellato art. 14, co. 5, T.U. imm. non solo ha confermato il limite di detenzione fino a sei mesi, ma ha introdotto la possibilità di proroga di sessanta giorni in sessanta giorni fino ad un periodo massimo di ulteriori dodici mesi qualora non fosse possibile procedere all’allontanamento a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi. In altri termini, il legislatore ha approfittato dell’opportunità offertagli dal diritto europeo di elevare il termine massimo di detenzione fino al limite di diciotto mesi, nonostante l’assenza di un obbligo di adeguamento in tal senso.

Quanto al regime esecutivo delle espulsioni, il governo è stato costretto «ad abbandonare il modello introdotto nel 2002 con la c.d. Bossi-Fini, che prevedeva l’uso immediato della forza nell’esecuzione del rimpatrio, per tornare al sistema mediante intimazione, previsto nella versione originaria del Testo unico del 1998»⁸³. Difatti il novellato art. 13, co. 5, T.U. imm. ha stabilito che lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione possa chiedere al prefetto, ai fini dell’esecuzione

⁸² Recante “Disposizioni urgenti per il completamento dell’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari”. L’intervento tardivo è stato sollecitato anche da una condanna dell’Italia in sede europea, nell’ambito della nota pronuncia della Corte di giustizia UE, I sez., 28 aprile 2011, *El Dridi*, causa n. C-61/11. Sul punto *infra*, Cap. I, par. 5.1.

⁸³ L. MASERA, *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il Libro dell’anno del diritto 2012*, a cura di R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2012, p. 250.

dell'espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria (entro un termine variabile tra i sette ed i trenta giorni) che può essere prorogato in misura congrua a seconda delle circostanze specifiche del caso concreto. Ne deriva il carattere residuale dell'accompagnamento immediato alla frontiera e, con esso, dell'eventuale trattenimento in un C.I.E.⁸⁴.

Sempre nella medesima logica di adeguamento al diritto europeo, va letta, da ultimo, l'introduzione della previsione che ha subordinato l'eventuale trattenimento dello straniero alla verifica dell'impossibilità applicativa di misure meno afflittive, come quella della consegna del passaporto o dell'obbligo di dimora o, ancora, dell'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica.

Le spinte riformistiche provenienti dall'Unione europea, tuttavia, hanno inciso in maniera davvero innovativa solo sulle modalità esecutive delle espulsioni, mentre non hanno limitato la dimensione temporale del trattenimento amministrativo, né hanno circoscritto l'operatività dell'istituto, data la scarsa applicazione delle misure coercitive alternative.

Proprio sotto il profilo temporale particolarmente incisiva è risultata la successiva l. 30 ottobre 2014, n. 161, la quale, da un lato, ha ridotto il termine massimo di durata del trattenimento portandolo da diciotto mesi a novanta giorni e, dall'altro, ha previsto che lo straniero che sia stato già ristretto presso una struttura carceraria per almeno novanta giorni possa successivamente essere detenuto in via amministrativa per un periodo massimo di soli trenta giorni. Difatti «è durante il periodo di detenzione in carcere che l'autorità amministrativa deve attivarsi perché, terminata l'esecuzione della pena, l'espulsione sia immediatamente eseguibile; se così non è, l'ulteriore privazione di libertà non può superare i 30 giorni, rispetto ai 18 mesi cui si poteva arrivare prima della riforma»⁸⁵.

E tuttavia, a distanza di poco tempo da questo condivisibile intervento, il legislatore è tornato ad avallare il processo di “bagattellarizzazione della libertà dei

⁸⁴ L. MASERA, *op. loc. ult. cit.* ove si evidenzia che le suddette misure trovano applicazione, oltre che nei casi in cui «lo straniero [...] non abbia formulato la richiesta del termine, anche nelle ipotesi elencate al comma quattro, ove tra le diverse condizioni che legittimano il ricorso immediato alla forza riveste un ruolo di particolare rilievo, in ragione delle sue elevate potenzialità applicative, la sussistenza di un rischio di fuga».

⁸⁵ L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 10 novembre 2014.

migranti”⁸⁶. In questa direzione si pongono le modifiche apportate dai successivi interventi in materia, primo fra tutti il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, – più comunemente noto come “decreto Minniti” – che, dopo aver modificato la nomenclatura delle “galere amministrative”⁸⁷ da “Centri di identificazione ed espulsione” (C.I.E.) a “Centri di permanenza per i rimpatri” (C.P.R.), ha rafforzato il ricorso a tale istituto attraverso due principali previsioni. In primo luogo, tale novella, grazie all’aggiunta di un nuovo periodo all’art. 14, co. 5, T.U. imm., ha prolungato di quindici giorni i termini massimi di detenzione dello straniero che sia stato già ristretto in un istituto carcerario per almeno novanta giorni, previa convalida da parte del giudice di pace e purché ricorra particolare complessità nelle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio⁸⁸. In secondo luogo, il decreto in analisi ha manifestato espressamente l’intento di potenziare la rete dei centri in esame stanziando la somma di tredici milioni di euro al fine di ampliare in numero dei posti disponibili e «di assicurare la più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero»⁸⁹.

Nella stessa direzione si è posto anche il più recente d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. “decreto Salvini”), che, intervenendo ancora una volta sull’art. 14, co. 5, T.U. imm., ha innalzato i termini massimi di detenzione portandoli da novanta a centottanta giorni⁹⁰. A sostegno di tale modifica, la Relazione al disegno di legge ha fatto leva sulla considerazione del tempo medio necessario per l’espletamento delle procedure per l’identificazione e il rimpatrio dello straniero irregolare⁹¹. E tuttavia,

⁸⁶ L’espressione è di A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 85.

⁸⁷ L’efficace espressione è del senatore Gianrico Carofiglio. Cfr. Atti parlamentari del Senato della Repubblica. Resoconto sommario della seduta del 12 novembre 2008, n. 90, XVI Legislatura, p. 19.

⁸⁸ Cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 279.

⁸⁹ Art. 19, co. 3, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13. Cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, cit., pp. 280-281.

⁹⁰ F. CANCELLARO, *La libertà personale dello straniero; l’estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa, 2019, p. 59 ss.

⁹¹ Cfr. Atti parlamentari del Senato della Repubblica. Disegni di legge e relazioni, n. 840, XVIII legislatura, p. 8, in cui si legge che «L’articolo 2 mira a prolungare il periodo massimo di trattenimento dello straniero nei centri di permanenza per i rimpatri dagli attuali 90 giorni fino a 180 giorni. La norma è necessaria in quanto le procedure finalizzate all’accertamento dell’identità e della nazionalità ovvero all’acquisizione di documenti per il viaggio dello straniero richiedono mediamente cinque mesi per il loro completamento».

occorre osservare che la motivazione appena richiamata entra in contraddizione con quanto documentato all'interno del rapporto redatto dalla Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani nel 2014, nel quale si afferma, invece, che in media sono sufficienti quarantacinque giorni per identificare un trattenuto e che, una volta spirato questo termine, difficilmente il procedimento di identificazione viene portato a termine⁹².

In un confortante segno di discontinuità rispetto al passato si deve, da ultimo, dare conto della nuova riduzione dei termini di detenzione amministrativa operata con il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130⁹³ che ha ripristinato il limite di novanta giorni vigente prima dell'intervento del d.l. n. 113/2018, ad ulteriore e definitiva dimostrazione di come questo affastellamento convulso di di modifiche normative in materia di detenzione amministrativa sia determinato dalla volontà politica «di trasmettere un messaggio di rigore nel contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare»⁹⁴, più che da reali esigenze di gestione dei rimpatri.

4.2. Gli *hotspots* e le “strutture diverse e idonee”

L'istituto della detenzione amministrativa, in una logica di progressiva espansione del suo ambito di operatività, trova oggi applicazione non solo all'interno dei centri appena esaminati, ma anche in strutture diverse e di recente emersione che prendono il nome di *hotspots*⁹⁵.

L'origine di tali centri si ritrova a livello sovranazionale e, in particolare, nel documento della Commissione europea del 13 maggio 2015 che prende il nome di “Agenda sulla immigrazione”⁹⁶ la quale, nell'ottica di supportare gli Stati membri

⁹² In tal senso cfr. A. AIMI, *Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 165.

⁹³ Recante “Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173.

⁹⁴ L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 30.

⁹⁵ A. MANGIARACINA, *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 9 dicembre 2016, p. 1 ss.

⁹⁶ Cfr. COM/2015/240 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 13 maggio 2015. In ottemperanza alle indicazioni provenienti

impegnati “in prima linea” a fronteggiare i flussi migratori, ha previsto l’istituzione di un nuovo metodo per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti.

In linea con le indicazioni dell’Agenda europea, il Ministero dell’interno il 28 settembre 2015 ha stilato un documento intitolato “*Roadmap italiana*” nel quale ha chiarito che il nuovo “approccio *hotspot*” si sostanzia in «un piano volto a canalizzare gli arrivi in una serie di porti di sbarco selezionati dove vengono effettuate tutte le procedure previste come lo *screening* sanitario, la pre-identificazione, la registrazione, il foto-segnalamento e i rilievi dattiloscopici degli stranieri»⁹⁷. Peraltro è questo stesso documento ad individuare i primi quattro *hotspots* nei porti di Pozzallo, Porto Empedocle, Trapani e Lampedusa e a qualificare espressamente queste aree di sbarco come delle strutture “chiuse” nelle quali, per il tempo necessario allo svolgimento delle procedure previste, si realizzano limitazioni significative della libertà personale dei migranti.

Il principale *punctum dolens* di questa nuova disciplina è dato dal fatto che le suddette restrizioni risultano prive di una base normativa in grado di assicurare le garanzie dell’*habeas corpus*, criticità stigmatizzata anche da una famosa pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo (*Khlaifia c. Italia*, 2016)⁹⁸ nella quale lo Stato italiano è stato condannato per la violazione dell’art. 5 Cedu⁹⁹. In quella sede si evidenziò, in particolare, che il trattenimento degli stranieri

dall’Unione europea viene adottato il d.lgs. 142/2015, rubricato “Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”.

⁹⁷ Ministero dell’interno, *Roadmap italiana*, in www.asgi.it, 28 settembre 2015, p. 6.

⁹⁸ Corte Edu, Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016, *Khlaifia c. Italia*, ricorso n. 16483/1, in www.hudoc.echr.coe.int. Il caso riguardava tre cittadini tunisini che nel settembre 2011 erano stati prima trattenuti per una settimana a Lampedusa e poi rimpatriati in Tunisia attraverso un respingimento differito con accompagnamento coattivo. Per un commento alla pronuncia cfr. M. SAVINO, *L’administrativizzazione’ della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir., imm. e citt.*, 2015, n. 3-4, p. 50 ss.; A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte EDU condanna l’Italia per la gestione dell’emergenza sbarchi nel 2011*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 16 ottobre 2015; F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, n. 3, p. 430 ss.

⁹⁹ L’art. 5 Cedu, rubricato “Diritto alla libertà e alla sicurezza” stabilisce che:

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;

all'interno dei centri difettava di un'adeguata previsione legale, con grave pregiudizio delle prerogative difensive del trattenuto e, in particolare, del suo diritto di sottoporre alla valutazione dell'autorità giudiziaria la legittimità della propria privazione di libertà.

Nonostante la Corte avesse messo in rilievo una carenza strutturale dell'ordinamento interno, il legislatore italiano non provvide ad un'immediata modifica del quadro normativo vigente. L'espressione "punti di crisi", infatti, è comparsa per la prima volta all'interno di un testo legislativo – segnatamente, all'interno dell'art. 10-ter T.U. imm. – solo all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. n. 13/2017, il quale, tuttavia, si è limitato a menzionare tali strutture senza meglio precisarne i presupposti e le condizioni di trattenimento, con un'opera di normazione che a ragione è stata definita "apparente"¹⁰⁰.

Una regolazione effettiva di tali centri si è, invece, avuta con il successivo d.l. n. 113/2018 che, con l'introduzione di un nuovo comma 3-bis all'art. 6 d.lgs. n.

(b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;

(c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;

(d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;

(e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

(f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione.

2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico.

3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza.

4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.

5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione».

¹⁰⁰ L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, cit., p. 281. In senso critico cfr. M.C. AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma nella gestione del fenomeno migratorio*, in *costituzionalismo.it*, 2017, n. 1, p. 157.

142/2015, ha previsto la possibilità di trattenere il richiedente asilo¹⁰¹ per la determinazione o la verifica della sua identità o cittadinanza, per il tempo strettamente necessario e comunque non superiore a trenta giorni, presso appositi locali collocati all'interno dei punti di crisi. La novella ha, dunque, introdotto una nuova ipotesi di limitazione della libertà personale dei richiedenti asilo, che si va ad aggiungere a quelle già previste dall'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 142/2015¹⁰², ancorché con proprie particolarità sotto il profilo temporale e spaziale. Infatti «da un lato viene indicata una durata massima di trattenimento (trenta giorni) significativamente inferiore rispetto a quella ordinaria [...]; dall'altro, si dispone che la detenzione avvenga non presso i centri di permanenza per il rimpatrio, bensì presso strutture – *hotspots* e centri governativi di prima accoglienza – che finora non erano mai state espressamente destinate al trattenimento coattivo dello straniero»¹⁰³.

Senonché l'intervento normativo, pur nell'apprezzabile sforzo di colmare il *deficit* di legalità delle fattispecie limitative della libertà personale dei migranti,

¹⁰¹ Cfr. L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 21, in cui l'Autore evidenzia che «la riforma configura un'irragionevole disparità di trattamento a discapito dei richiedenti protezione, che si trovano sottoposti ad una disciplina in tema di privazione della libertà personale negli *hotspot* più gravosa di quella prevista per i migranti economici» per i quali, invece, l'unica forma di trattenimento consentita qualora non intendano richiedere la protezione è quella prevista nei C.P.R. ai sensi dell'art. 14 T.U. imm.

¹⁰² In particolare, l'art. 6 d.lgs. 142/2015, rubricato "Trattenimento", dopo aver chiarito al primo comma che «Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda», individua al secondo comma una serie di ipotesi che, al contrario, ne legittimano la detenzione, stabilendo che: «Il richiedente è trattenuto, ove possibile in appositi spazi, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sulla base di una valutazione caso per caso, quando:

- a) si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F della Convenzione relativa allo status di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato con la legge 14 febbraio 1970, n. 95;
- b) si trova nelle condizioni di cui all'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e nei casi di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;
- c) costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. Nella valutazione della pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite;
- d) sussiste rischio di fuga del richiedente. La valutazione sulla sussistenza del rischio di fuga è effettuata, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'articolo 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

¹⁰³ A. AIMI, *Il "decreto sicurezza" 2018: i profili penalistici*, cit., p. 161.

suscita perplessità sia per l'eccessiva vaghezza dei presupposti di applicazione dell'istituto, che per la totale assenza di indicazioni relative alle modalità di esecuzione del trattenimento. Con riferimento al primo rilievo critico, occorre rammentare come la condizione legittimante la detenzione sia rappresentata dalla necessità di determinare o verificare l'identità o la cittadinanza del richiedente asilo, presupposto «quantomeno irragionevole»¹⁰⁴ se si tiene conto del fatto che l'assenza di documenti di identità è una condizione del tutto fisiologica per persone in fuga dai Paesi di origine. Quanto alla mancata specificazione dei modi attraverso i quali può realizzarsi la limitazione della libertà personale dello straniero, viene in luce lo stesso *deficit* di legalità che caratterizza il trattenimento all'interno dei centri di permanenza per il rimpatrio e, più in generale, l'intero *genus* della detenzione amministrativa¹⁰⁵.

Tali *vulnus*, peraltro, hanno subito un ulteriore aggravamento attraverso la previsione di nuove ipotesi di trattenimento dello straniero introdotte dall'art. 13, co. 5-*bis*, T.U. imm., così come novellato dal d.l. n. 113/2018. Tale intervento, infatti, ha realizzato l'ennesimo ampliamento degli spazi in cui è consentito restringere la libertà dei migranti, oggi rappresentati non solo dai centri di permanenza per i rimpatri e dagli *hotspots*, ma anche da “strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza” o “in locali idonei presso l'ufficio di frontiera”.

Più nello specifico, l'articolo sopra menzionato prevede che, qualora occorra eseguire il trattenimento amministrativo di uno straniero funzionale ad una successiva espulsione e non vi siano posti sufficienti all'interno dei centri di permanenza, il migrante può essere ristretto presso una struttura appositamente individuata dall'Autorità di pubblica sicurezza, previa autorizzazione del giudice di pace nel decreto di fissazione dell'udienza di convalida. Peraltro, qualora l'indisponibilità di posti persista anche dopo l'udienza di convalida del trattenimento, lo straniero da rimpatriare può essere trattenuto in locali idonei ubicati presso gli uffici di frontiera «sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida».

¹⁰⁴ In questi termini A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza, in costituzionalismo.it*, 2018, n. 2, p. 186.

¹⁰⁵ In tal senso L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 24, ove l'Autore afferma che «la novella non fa che estendere agli *hotspot* il vizio di origine della disciplina in materia di trattenimento amministrativo nei C.P.R. del richiedente protezione e dello straniero irregolare».

Si tratta di una previsione che pone evidenti criticità con il dettato costituzionale in quanto non solo non predetermina le modalità attraverso le quali deve realizzarsi il trattenimento – similmente a quanto già accade per la detenzione all'interno delle strette esaminate nei paragrafi precedenti –, ma addirittura riconosce alla stessa autorità amministrativa il potere di individuare i luoghi fisici ove la restrizione può avvenire¹⁰⁶.

5. La seconda direttrice: la criminalizzazione diretta “in senso stretto”

L'utilizzo di fattispecie incriminatrici ha da sempre accompagnato la disciplina dell'immigrazione, il cui tratto distintivo risiede proprio nel suo carattere ambiguamente eclettico, posto a metà strada tra il diritto penale ed il diritto amministrativo. Tale sotto-sistema normativo, infatti, strutturalmente si avvale sia di norme incriminatrici che di fattispecie amministrative, ma funzionalmente converge verso il perseguimento di un obiettivo comune, rappresentato dall'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale. L'ibridazione delle due anime, penalistica ed amministrativa, mira a far sì che «al medesimo effetto di rendere espellibile lo straniero si giunga, e con facilità sempre maggiore, per due vie opposte: nell'una direzione, l'irregolarità dello straniero è condizione della sua “espellibilità” [...]; nell'altra direzione, è invece la criminalizzazione a produrre l'espellibilità dello straniero [...]. In un caso, lo straniero è espellibile in quanto irregolare, e in quanto irregolare, criminalizzato; nell'altro caso, egli è irregolare in quanto espellibile»¹⁰⁷.

Entro tale cornice il diritto penale assume un ruolo del tutto ancillare rispetto al diritto amministrativo, dato che la maggior parte delle fattispecie tipizzate si basa sull'inosservanza di provvedimenti amministrativi o sulla violazione della disciplina amministrativa che regola l'ingresso o il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale. Così facendo, le previsioni incriminatrici si allontanano dai canoni propri di un diritto penale del fatto per avvicinarsi a modelli di incriminazione che tendono

¹⁰⁶ L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 33.

¹⁰⁷ A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., p. 513.

ad un diritto penale “d’autore”¹⁰⁸ se non, addirittura, ad un diritto penale “del nemico”¹⁰⁹. Ne consegue che la pena, oltre a fungere, sul piano pratico, da strumento di agevolazione dell’espulsione del migrante irregolare, viene ad assumere un ruolo del tutto simbolico, coincidente con la stigmatizzazione di una certa condizione soggettiva¹¹⁰.

Tali connotati si riflettono con evidenza nei c.d. “reati connessi all’espulsione”¹¹¹ (art. 13, co. 13 e 13-bis, T.U. imm. e art. 14, co. 5-ter e 5-quater, T.U. imm.) e nel reato di ingresso e soggiorno irregolare (art. 10-bis T.U. imm.). Nei primi l’incriminazione si sostanzia nell’inosservanza di un provvedimento adottato dall’autorità amministrativa e nella prassi le ipotesi più frequenti riguardano la trasgressione di un provvedimento che vieta il reingresso a seguito di espulsione o di un provvedimento di allontanamento. Nell’art. 10-bis T.U. imm., invece, l’incriminazione si ricollega direttamente alla violazione della disciplina in materia di ingresso e soggiorno ed è soprattutto in questa previsione che traspare con evidenza l’obiettivo di “criminalizzazione diretta” del migrante perseguito dal legislatore: «con l’introduzione del reato di immigrazione irregolare, infatti, non si punisce – come nel diritto penale classico – un fatto ma una condizione personale: è, secondo una acuta definizione “il migrante che diventa reato”»¹¹².

¹⁰⁸ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1 ss.

¹⁰⁹ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, 2013, p. 5 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, p. 109 ss.

¹¹⁰ L. SIRACUSA, *L’espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 265, ove l’Autrice evidenzia che la risposta penale finisce «sempre con l’assecondare l’esigenza utilitaristica di aumentare le possibilità e le occasioni per predisporre l’allontanamento coatto dello straniero, piuttosto che attuare le finalità preventive connaturate allo strumento penale».

¹¹¹ A. CAPUTO, *I reati collegati all’espulsione. Profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 9 ss.

¹¹² L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir., imm. e citt.*, 2009, n. 4, p. 15. Sul punto cfr. G. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Crit. del diritto*, 2013, p. 442, ove l’Autore evidenzia che «quel che ne deriva – ben al di là dei limiti di legittimazione di un sistema sanzionatorio di un paese democratico – è l’essersi resa impossibile la sopravvivenza di una determinata tipologia di persone nella nostra realtà sociale, se non in una dimensione di assoluta illegalità. Attorno agli immigrati clandestini si crea infatti una sorta di desertificazione esistenziale».

5.1. I reati connessi all'espulsione

Nell'esame dei reati connessi all'espulsione dello straniero, occorre prendere le mosse dal divieto di reingresso a seguito di espulsione.

Tale fattispecie, originariamente ricompresa nella previsione dell'art. 151 T.u.l.p.s.¹¹³, è oggi confluita nell'art. 13, co. 13, T.U. imm. il quale incrimina la condotta dello straniero che, dopo essere stato espulso, rientra nel territorio nazionale senza una speciale autorizzazione rilasciata dal Ministro dell'Interno e prima della scadenza del termine di durata del divieto di rientro, oggi non superiore a cinque anni¹¹⁴.

Soggetto attivo del reato è lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione amministrativa, di competenza prefettizia o ministeriale. La previsione, tuttavia, si estende anche ai casi in cui l'espulsione sia stata disposta dal giudice, come stabilito dal successivo comma.

I maggiori rilievi critici della norma riguardano il profilo sanzionatorio, rispetto al quale si è assistito ad un progressivo inasprimento della pena comminata. Quest'ultima, originariamente consistente nell'arresto da due a sei mesi, è stata elevata, ad opera della l. n. 189/2002, nella nuova previsione dell'arresto da sei mesi a un anno, per poi arrivare all'attuale previsione della reclusione da uno a quattro anni a seguito delle modifiche apportate dal d.l. 14 settembre 2004, n. 24. Tale cornice edittale, peraltro, è stata di recente estesa anche alla violazione del divieto di reingresso che segue il respingimento differito, ai sensi del novellato art. 10, co. 2-ter, T.U. imm. introdotto dal d.l. n. 113/2018¹¹⁵.

¹¹³ L'art. 151 T.u.l.p.s. recitava: «Lo straniero espulso a norma dell'articolo precedente non può rientrare nel territorio dello Stato, senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno. Nel caso di trasgressione è punito con l'arresto da due mesi a sei. Scontata la pena, lo straniero è nuovamente espulso».

¹¹⁴ Con la legge n. 189/2002 il termine di durata, previsto dall'art. 13, co. 14, T.U. imm., è stato elevato a dieci anni. Successivamente, anche in considerazione del rilevato contrasto con la "direttiva rimpatri" (2008/115/CE), il d.l. n. 89/2011 ha modificato la previsione e ha disposto che «il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso».

¹¹⁵ Deve evidenziarsi come la previsione di questo nuovo delitto sia stata determinata da una rinnovata considerazione dell'istituto del respingimento differito di cui all'art. 10, co. 2, T.U. imm., misura che può essere disposta dal questore in due ipotesi: o quando lo straniero ha fatto ingresso irregolarmente nel territorio dello Stato, ma viene fermato all'ingresso o subito dopo; oppure quando lo straniero è ammesso temporaneamente nel territorio dello Stato per necessità di pubblico soccorso. Si tratta di una particolare forma di espulsione per la quale, tuttavia, non era originariamente contemplata l'applicazione di garanzie di controllo giurisdizionale analoghe a quelle previste dall'art.

Attualmente, pertanto, la fattispecie di cui all'art. 13, co. 13, T.U. imm. e quella tipizzata all'art. 10, co. 2-ter, T.U. imm. restano gli unici reati in materia di ingresso e soggiorno puniti con la pena della reclusione. Proprio il ricorso a questa tipologia di sanzione ha fatto emergere profili di incompatibilità con il diritto unionale e, in particolare, con l'effetto utile della "direttiva rimpatri" (2008/115/CE) rappresentato dall'instaurazione di un'efficace politica di allontanamento e rimpatrio degli stranieri irregolari.

Tali perplessità, tuttavia, sono state revocate in dubbio dalla stessa Corte di Giustizia nella pronuncia *Celaj*¹¹⁶ la quale ha evidenziato che la disposizione in esame incrimina non la condotta di primo ingresso o soggiorno irregolare, ma il comportamento di chi, già rimpatriato, effettua un secondo ingresso o soggiorno irregolare. In questo diverso caso, si ritiene che le disposizioni della "direttiva rimpatri" siano già state applicate all'autore del delitto al tempo della prima violazione, mentre in occasione del secondo ingresso resta nella discrezionalità dello Stato membro la scelta di ricorrere o meno alla pena detentiva¹¹⁷.

Correlata alla fattispecie del reingresso a seguito di espulsione, è quella prevista al secondo periodo dell'art. 13, co. 13-bis, T.U. imm., la quale stabilisce che lo straniero già denunciato per la violazione del divieto di reingresso nel territorio nazionale che torna a trasgredire il medesimo divieto è punito con la reclusione da uno a cinque anni. In sostanza, sembra sufficiente la mera denuncia del reato di cui

13, co. 5-bis, T.U. imm. Tale criticità è stata rilevata da una recente pronuncia della Corte costituzionale – Corte cost., sent. 8 novembre 2017 (dep. 20 dicembre 2017), n. 275 – che, pur dichiarando l'inammissibilità della questione sollevata, ha evidenziato la necessità di un intervento normativo volto a conformare l'istituto del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera alle garanzie previste dall'art. 13, co. 3, Cost. In accoglimento delle indicazioni provenienti dalla Consulta, il legislatore ha, quindi, esteso all'istituto in esame la disciplina della convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo, ma a questa equiparazione, operata sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali, è inevitabilmente conseguita una parificazione anche in punto di conseguenze penalistiche derivanti dall'eventuale inosservanza del divieto di reingresso rivolto allo straniero. Ne deriva che così come lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione e del correlato divieto di reingresso che contravviene a tale prescrizione è punito con la reclusione da uno a quattro anni (art. 13, co. 13, T.U. imm.), allo stesso modo viene punito anche colui che, destinatario di un provvedimento di respingimento differito e del correlato divieto di reingresso, lo viola attraverso un nuovo ingresso nel territorio nazionale (art. 10, co. 2-ter, T.U. imm.). Cfr. A. AIMI, *Il "decreto sicurezza" 2018: i profili penalistici*, cit., p. 139 ss.; L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 9 ss.

¹¹⁶ Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, *Celaj*, causa n. C-290/14.

¹¹⁷ Cfr. L. MASERA, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14*, in www.archiviodpc.dirittopenaleeuomo.org, 5 ottobre 2015.

all'art. 13, co. 13, T.U. imm. per la configurazione, a carico dell'agente che trasgredisce nuovamente il divieto, del più grave delitto di cui all'art. 13, co. 13-*bis*, T.U. imm. Non sorprende, dunque, che la Consulta sia intervenuta con la sentenza del 28 dicembre 2005, n. 466, a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma, dato che la denuncia di un reato comporta soltanto l'obbligo degli organi competenti di accertare la verità e la rilevanza penale dei fatti esposti, mentre essa «nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce»¹¹⁸. Nel corso del giudizio di costituzionalità, peraltro, il legislatore è intervenuto sulla fattispecie con la l. n. 271/2004, aggravandone la forbice edittale, ma, data l'identità del precetto alla formula previgente, deve ritenersi che le censure di incostituzionalità rilevate dalla Consulta restino ancora valide¹¹⁹.

Accanto ai divieti di reingresso appena esaminati, nell'ambito dei reati collegati all'espulsione acquistano particolare rilievo i reati di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, co. 5-*ter*, T.U. imm. Tali incriminazioni sono state introdotte dal legislatore del 2002 il quale, a fronte dell'impossibilità di eseguire il rimpatrio dello straniero irregolare e di trattenerlo all'interno di un centro di detenzione amministrativa (ad esempio, per lo spirare del termine massimo di trattenimento), ha previsto che il questore possa ordinargli di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni. L'inosservanza di tale intimazione, salvo che sia accompagnata da un giustificato motivo, comporta l'applicazione della multa da 10.000 a 20.000 euro.

Sembrano evidenti i punti di contatto con la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.¹²⁰, rispetto alla quale i delitti in esame condividono i medesimi problemi in punto di individuazione del bene giuridico tutelato. La finalità che informa tali incriminazioni è, infatti, quella di rendere effettivo il provvedimento di espulsione

¹¹⁸ Corte cost, sent. 14 dicembre 2005 (dep. 28 dicembre 2005), n. 466, in *dejure.it*.

¹¹⁹ Cfr. L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario, in Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degl'Innocenti, Milano, 2008, p. 186 ss.

¹²⁰ Cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 120, ove l'Autore rileva che tale delitto «come “mera inosservanza” potrebbe integrare l'art. 650 c.p. Ciò che lo rende delitto, e dunque dovrebbe legittimare la gravità dell'incriminazione, non risiede nell'inosservanza in quanto tale, ma nei “presupposti” di essa. La sua giustificazione, dunque, sta tutta nella base giuridica del provvedimento dell'ordine».

attraverso l'estremo tentativo di persuasione ad abbandonare il territorio rivolto allo straniero, ma «come in tutti i casi in cui l'oggettività giuridica di una figura criminosa si orienta verso la tutela di una funzione amministrativa, il bene protetto perde di consistenza e diviene più evanescente o, comunque, più distante dall'interesse materiale sotteso alla disciplina amministrativa: dalla tutela del singolo, specifico provvedimento amministrativo a quella della corrispondente funzione amministrativa»¹²¹.

Dal punto di vista strutturale, la norma tipizza un reato omissivo proprio il cui perfezionamento coincide con il mancato allontanamento dal territorio nazionale entro il termine prescritto dalla legge. Al pari di qualsiasi altra fattispecie omissiva, tale previsione risulta assoggettata al principio *ad impossibilia nemo tenetur* ed è in quest'ottica che si spiega la presenza nel testo normativo della clausola «senza giustificato motivo», locuzione che contribuisce a delinearne la tipicità come elemento costitutivo della fattispecie¹²², ancorché con un contenuto particolarmente elastico che ha spinto gli interpreti a rilevare profili di tensione con il principio di tassatività/determinatezza¹²³.

Con riferimento al profilo sanzionatorio, è doveroso mettere in evidenza una significativa stratificazione normativa rispetto alla quale un ruolo decisivo è stato ricoperto anche dal diritto eurounitario.

Occorre, infatti, osservare che nella formulazione originaria dell'art. 14, co. 5-ter, T.U. imm. – così come introdotto dalla l. n. 189/2002 – la norma strutturava una contravvenzione per la quale il comma 5-*quinqüies* prescriveva l'arresto obbligatorio. La previsione di una simile misura precautelare, invero, risultava piuttosto singolare in quanto accedeva ad una fattispecie contravvenzionale che, in quanto tale, non consentiva l'applicazione di misure coercitive, e tale *vulnus*, in

¹²¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 210. Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.

¹²² A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 239.

¹²³ Cfr. Corte cost., sent. 18 dicembre 2003 (dep. 13 gennaio 2004), n. 5, in *dejure.it*, nella quale la Consulta esclude il *vulnus* di incostituzionalità evidenziando che «la clausola in questione, se pure non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico – lettura che la renderebbe pleonastica, posto che le scriminanti opererebbero comunque, in quanto istituti di ordine generale – ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa».

effetti, fu presto confermato dalla successiva sentenza del 15 luglio 2004, n. 223, della Corte costituzionale¹²⁴.

All'indomani di questa pronuncia, il legislatore ha pensato di sanare l'aporia rilevata in sede costituzionale attraverso la trasformazione della previsione in esame da fattispecie contravvenzionale a delitto. Più nello specifico, il d.l. 14 settembre 2004, n. 241, è andato a sostituire la cornice edittale originaria, che comminava l'arresto da sei mesi ad un anno, con la reclusione da uno a quattro anni. E tuttavia proprio tale modifica normativa si è esposta a rilievi di incompatibilità con il diritto europeo, in particolare con la direttiva 2008/115/CE (c.d. "direttiva rimpatri") che, come già illustrato¹²⁵, ha apportato rilevanti modifiche in punto di modalità esecutive delle espulsioni e di ricorso all'istituto della detenzione amministrativa. Proprio alla luce delle novità previste, la Corte di giustizia ha rilevato che «gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo [...] una pena detentiva, come quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Una tale pena, infatti, [...] rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare»¹²⁶.

In altre parole, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato l'incompatibilità con l'ordinamento unionale dell'incriminazione contemplata dall'art. 14, co. 5-ter, T.U. imm. nella misura in cui, comportando l'applicazione della pena detentiva e, dunque, la permanenza dello straniero sul territorio dell'Unione europea, ritarda il suo rimpatrio e pregiudica l'effetto utile della direttiva la quale, all'epoca, non era stata ancora recepita dall'Italia. È così che, in esecuzione

¹²⁴ Corte cost., sent. 8 luglio 2004 (dep. 15 luglio 2004, n. 223), in *dejure.it*, ove si legge che «la misura 'precautelare' prevista dall'art. 14, comma 5-quinquies, del decreto legislativo n. 286 del 1998, non essendo finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo, si risolve in una limitazione 'provvisoria' della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi, sotto questo aspetto, manifestamente irragionevole».

¹²⁵ Cfr. *supra*, Cap. I, par. 4.1.

¹²⁶ Cfr. Corte di giustizia UE, I sez., 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa n. C-61/11, §58 e §59, in *www.eur-lex.europa.eu*. Cfr. F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss.

della “direttiva rimpatri” e in ottemperanza della pronuncia *El Dridi*, il successivo d.l. n. 89/2011 ha modificato l’art. 14, co. 5-ter, T.U. imm. prevedendo la comminazione della sola pena pecuniaria, la quale resta ancora oggi l’unica sanzione penale applicabile allo straniero che non ottempera all’ordine di allontanamento del questore.

5.2. Il reato di ingresso e soggiorno irregolare

Se è vero che il legislatore sperimenta l’impiego di fattispecie penali nel settore dell’immigrazione già a partire dal Testo unico del 1998, è altrettanto vero che questa espressione della *crimmigration* trova la sua massima espressione nei c.d. “pacchetti sicurezza” del 2008 e del 2009¹²⁷, ormai divenuti l’emblema della legislazione penale dell’emergenza e della sicurezza, generalmente posti a coronamento della creazione di un diritto speciale che concepisce e regola l’immigrazione *ex se* «come male da estirpare e da criminalizzare»¹²⁸.

Il primo di tali interventi è tristemente ricordato per aver modificato la disciplina delle circostanze aggravanti comuni aggiungendovi quella relativa al c.d. “stato di clandestinità” (art. 61, comma 11-bis, c.p.), la quale comportava un aumento di pena in capo al soggetto agente che commetteva il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio italiano¹²⁹. Tale modifica normativa dava luogo ad una presunzione generale e assoluta di pericolosità che ricollegava un aggravamento della risposta sanzionatoria ad una semplice condizione personale, quella di migrante irregolare, di per sé ritenuta indicativa di una maggiore offensività nei confronti dei beni giuridici di volta in volta conculcati. La novella però, così facendo, attribuiva alla qualità di immigrato uno stigma che contrastava con l’art. 25, co. 2, Cost. il quale «pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive, pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità

¹²⁷ D.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modif. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, e l. 15 luglio 2009, n. 94, intitolata “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”. Sulle novità introdotte cfr. P. PISA, *La repressione dell’immigrazione irregolare: un’espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 5.

¹²⁸ E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Introduzione*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella e G.L. Gatta, Milano, 2009, p. XXI.

¹²⁹ G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11-bis, c.p.): uguaglianza calpestate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713 ss.; A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 42 ss.

personali»¹³⁰. Partendo da tali considerazioni e rilevando l'impossibilità di riscontrare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la sentenza n. 249/2010 della Consulta ha quindi optato per una totale declaratoria di incostituzionalità della circostanza censurata, in ragione della violazione degli artt. 3, co. 1, e 25 Cost.¹³¹.

Si deve, invece, al “pacchetto sicurezza” del 2009 l'introduzione del reato di “immigrazione clandestina”, fattispecie penale che si applica al semplice ingresso o alla permanenza irregolare di stranieri sul territorio nazionale e che, nel corso del tempo, ha mantenuto intatta la propria vigenza. Ancora oggi, infatti, l'art. 10-*bis* T.U. imm. prevede che «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 l. 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5 mila a 10 mila euro».

Si tratta di un reato contravvenzionale, rientrante nella competenza del giudice di pace, avente ad oggetto l'incriminazione di due diverse condotte: la prima si riferisce all'ingresso irregolare dello straniero nel territorio statale (c.d. *crossborder*), mentre la seconda coincide con la permanenza irregolare dello straniero sul territorio italiano (c.d. *overstayer*)¹³².

Già all'indomani della sua entrata in vigore, la disposizione in esame è stata oggetto di numerosi rilievi critici, tra i quali la carenza di materialità e di offensività delle condotte tipizzate (art. 25, co. 2, Cost.), il contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), la violazione dei principi di ragionevolezza e buon andamento dei pubblici uffici (artt. 3 e 97 Cost.), l'incongruenza della mancata previsione della clausola del giustificato motivo prevista, invece, per l'art. 14, co. 5-*ter*, T.U. imm. o l'irragionevolezza della previsione dell'espulsione come pena sostitutiva della pena pecuniaria. Tali perplessità sono sfociate in molteplici ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale la quale ha ritenuto opportuno

¹³⁰ Corte cost., sent. 5 luglio 2010 (dep. 8 luglio 2010), n. 249, in *dejure.it*.

¹³¹ Per un'analisi critica della pronuncia cfr. L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373 ss.

¹³² Cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, cit., p. 18, dove, contrariamente alla narrazione dominante che prefigura orde di stranieri pronti a varcare il confine di ingresso nel nostro Paese, si evidenzia che ben «il 64% degli irregolari è rappresentato dai c.d. *overstayers*, cioè da persone entrate regolarmente nel nostro Paese, in base a un titolo legittimo (ad es., un visto turistico o un permesso di soggiorno), e che vi si sono trattenute illegalmente dopo la scadenza del permesso di soggiorno non rinnovato per la perdita del posto di lavoro, come spesso accade, ovvero per la scadenza del visto turistico. In breve: solo uno straniero irregolare su tre è un vero e proprio clandestino».

esaminare partitamente le questioni che in caso di accoglimento avrebbero comportato l'integrale ablazione della norma impugnata (in quanto avente ad oggetto la legittimità costituzionale della stessa scelta di penalizzazione sottesa) e quelle che, invece, denunciando specifiche articolazioni della disciplina sostanziale o processuale del reato in esame, avrebbero determinato una declaratoria di illegittimità costituzionale solo parziale¹³³.

Tra le questioni del primo tipo occorre soffermare l'attenzione sul supposto difetto di offensività delle condotte tipizzate che il legislatore presumeva lesive di un interesse particolarmente discusso, quello dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, il quale, più che un bene giuridico offendibile e tutelabile¹³⁴, sembra strutturare una *ratio* di tutela¹³⁵.

In realtà la Consulta, rimarcando la discrezionalità del legislatore nelle scelte di incriminazione, sindacabili solo ove si traducano in opzioni manifestamente irragionevoli, ha dichiarato l'infondatezza del rilievo di incostituzionalità riscontrato. Nei casi prospettati, infatti, veniva in rilievo non un modo d'essere della persona, ma uno specifico comportamento trasgressivo delle norme vigenti in materia, pregiudizievole nei confronti dell'interesse statale al controllo dei flussi migratori, il quale costituisce un'espressione essenziale della sovranità dello Stato. E tuttavia «le argomentazioni della sentenza, *prima facie* ineccepibili, non considerano un aspetto decisivo. È vero, infatti, che non si punisce lo straniero per il suo *status* di irregolare, ma per la violazione delle norme amministrative in materia di immigrazione, da cui deriva tale irregolarità; ed è dunque “formalmente” vero che in questo modo il legislatore ripropone uno schema utilizzato in molti altri settori dell'ordinamento, ma «qui il pericolo per l'interesse tutelato (il controllo dei flussi migratori) deriva dalla stessa presenza dello straniero nel territorio dello Stato [...]. Ecco perché il ragionamento della Corte pare peccare di formalismo: dietro il ricorso ad un consolidato schema di costruzione delle fattispecie contravvenzionali come

¹³³ Corte cost., sent. 5 luglio 2010 (dep. 8 luglio 2010), n. 250, in *dejure.it*.

¹³⁴ Così C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 1 ss.

¹³⁵ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di E. Rosi e F. Rocchi, Napoli, 2013, pp. 232-233. *Infra*, Cap. III, par. 1.

violazione di discipline amministrative si cela la realtà di una norma che punisce lo straniero perché è irregolare»¹³⁶.

Volgendo lo sguardo alle altre censure portate all'attenzione della Consulta, significative sono le critiche avanzate all'apparato sanzionatorio predisposto dalla norma, il quale contempla una pena pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro non oblationabile. In particolare, al di là dell'evidente disparità di trattamento rispetto a tutte le altre contravvenzioni che sono di regola ammesse all'istituto dell'oblazione, ci si deve soffermare sull'effettività della pena, atteso che difficilmente chi entra o permane irregolarmente nel territorio italiano ha la disponibilità economica necessaria per far fronte al pagamento di un'ammenda così elevata¹³⁷. Per queste ragioni è stato acutamente osservato che «la vera sanzione di questo reato non è l'ammenda, bensì la sanzione sostitutiva dell'espulsione»¹³⁸, la quale, però, apre ad un ulteriore profilo problematico della previsione. Normalmente, infatti, «la sanzione sostitutiva è una sanzione meno grave di quella principale, non a caso la semidetenzione, la pena pecuniaria e la libertà controllata sono sicuramente meno gravi rispetto alla pena detentiva. Qui si assiste, invece, veramente ad un paradosso: la sanzione sostitutiva, che è la vera pena principale, è più grave rispetto alla pena principale»¹³⁹. Sul punto, tuttavia, la Corte è riuscita agevolmente ad aggirare il rilievo critico e a dichiarare l'inammissibilità della questione adducendo che tale facoltà sostitutiva è riconosciuta da una norma diversa dall'art. 10-*bis* T.U. imm. – in particolare dall'art. 16, co. 1, T.U. imm. – che non è stata censurata dai giudici remittenti.

Un'ulteriore incongruenza della disciplina sottoposta al vaglio di costituzionalità è, poi, rappresentata dalla pressoché totale sovrapposizione del perimetro applicativo della fattispecie incriminatrice in esame con l'ambito di operatività dell'espulsione a titolo di sanzione amministrativa. In altre parole, secondo i giudici remittenti «la norma censurata perseguirebbe, nel suo complesso, un obiettivo (allontanare lo straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato) realizzabile negli stessi

¹³⁶ L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1385.

¹³⁷ A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 450.

¹³⁸ A. MANNA, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁹ A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., p. 452.

termini tramite l'istituto dell'espulsione amministrativa, col risultato di dare luogo ad una inutile duplicazione di procedimenti aventi il medesimo scopo»¹⁴⁰. La Corte però, pur riconoscendo che le condotte tipizzate sono sussumibili entro la fattispecie dell'espulsione amministrativa di cui all'art. 13, co. 2, T.U. imm. sottolinea che «tale assetto normativo non comporta che il procedimento penale per il reato in esame sia destinato, a priori, a rappresentare un mero “duplicato” del procedimento amministrativo di espulsione: e ciò, a tacer d'altro, per la ragione che – come l'esperienza attesta – in un largo numero di casi non è possibile, per la pubblica amministrazione, dare corso all'esecuzione dei provvedimenti espulsivi»¹⁴¹.

Mette conto rilevare che proprio il profilo sanzionatorio considerato ha, da ultimo, posto dubbi di compatibilità anche con riferimento al diritto europeo e, segnatamente, alla direttiva 2008/115/CE – soprattutto all'indomani della pronuncia *El Dridi* della Corte di Giustizia del 2011 – rispetto alla quale vengono in rilievo due profili di criticità.

Il primo ha ad oggetto l'art. 55, co. 5, d.lgs. n. 274/2000 che, in materia di reati attribuiti alla competenza del giudice di pace, nel prevedere la conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nell'obbligo di permanenza domiciliare, pare compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla “direttiva rimpatri” (2008/115/CE).

Il secondo profilo di criticità origina, invece, dalla lettura combinata degli artt. 10-*bis* e 16 T.U. imm. i quali, disponendo l'immediata espulsione coattiva dello straniero irregolare a titolo di sanzione sostitutiva, sembrano entrare in contrasto con il principio del rimpatrio volontario di cui all'art. 7, par. 1, direttiva 2008/115/CE.

La Corte di giustizia si è espressa su tali rilievi con la pronuncia del 6 dicembre 2012 (caso *Sagor*) nella quale ha ribadito che nessuna disposizione del diritto interno, ancorché di carattere penale, possa ostacolare l'applicazione della direttiva innanzi richiamata. Ciò non vuol dire che uno Stato membro non possa sanzionare il fenomeno migratorio attraverso la previsione di fattispecie penali, solo che simili previsioni non devono in alcun modo ostacolare lo scopo di agevolazione dei rimpatri che informa tutta la disciplina europea. In questa direzione, sulla base di un ragionamento analogo a quello sviluppato nelle pronunce *El Dridi* e

¹⁴⁰ Corte cost., sent. 5 luglio 2010 (dep. 8 luglio 2010), n. 250, in *dejure.it*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

*Achughbabian*¹⁴², ha affermato che la pena della permanenza domiciliare «risulta idonea a ostacolare l'esecuzione dell'allontanamento, in particolare qualora la disciplina nazionale non preveda che l'esecuzione della permanenza domiciliare debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento dello straniero»¹⁴³.

Con riferimento, invece, alla facoltà del giudice di sostituire l'ammenda con l'espulsione, la Corte ha osservato che in linea di principio il diritto europeo non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella in discussione, che sanzioni il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con una pena pecuniaria sostituibile con la pena dell'espulsione. E tuttavia, in base all'art. 7 della direttiva, allo straniero deve essere concesso un termine per la partenza volontaria, previsione garantistica cui lo Stato può derogare soltanto nelle ipotesi eccezionali previste dal quarto paragrafo del suddetto articolo (tra le quali rientra, ad esempio, il pericolo di fuga dello straniero).

In definitiva, la pronuncia della Corte di giustizia, pur confermando un approccio restrittivo al fenomeno migratorio, interamente incentrato sull'istituto del rimpatrio, è riuscita, da un lato, a impedire l'applicazione di una sanzione coercitiva – nella specie, la permanenza domiciliare – al reato di ingresso e soggiorno irregolare e, dall'altro, a limitare l'applicazione dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, anche se l'ampiezza dei presupposti derogativi a tale regola lascia dubitare sulle ricadute che tale pronuncia avrà nell'applicazione pratica.

Nonostante il duplice intervento salvifico operato rispettivamente dalla Corte costituzionale nel 2010 e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel 2015, sull'art. 10-*bis* T.U. imm. continuano ad addensarsi forti dubbi di conformità al dettato costituzionale e di effettiva utilità sotto il profilo politico-criminale.

¹⁴² Ad avvalorare le aspettative di una pronuncia di accoglimento da parte degli interpreti si poneva la pronuncia *Achughbabian*, nella quale i giudici di Strasburgo, appena un anno prima, hanno riscontrato l'incompatibilità con la "direttiva rimpatri" del reato di ingresso e soggiorno irregolare punito dall'ordinamento francese con la pena pecuniaria e quella della reclusione. Sul punto cfr. L. MASERA, *La Corte di Giustizia dichiara incompatibile con la Direttiva Rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese. Nota a Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 6 dicembre 2011.

¹⁴³ CGUE, sezione I, sent. 6 dicembre 2012, *Sagor*, causa n. C-430/11, in www.eur-lex.europa.eu.

È probabilmente sulla base di simili considerazioni che il Parlamento italiano, con la l. 28 aprile 2014, n. 67¹⁴⁴, ha delegato al governo l'attuazione di un'ampia opera di depenalizzazione che doveva investire anche il reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio dello Stato di cui all'art. 10-*bis* T.U.imm. In particolare, l'art. 2, co. 3, lett. b, della legge delega sopra ricordata disponeva l'abrogazione e la trasformazione di questa fattispecie in illecito amministrativo, «conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia». In sostanza, tale provvedimento avrebbe prodotto l'effetto di depenalizzare solo il primo ingresso irregolare nel territorio dello Stato al quale, tuttavia, avrebbe continuato ad applicarsi la sanzione amministrativa dell'espulsione¹⁴⁵.

Come noto, alla delega appena richiamata è stata data esecuzione con i decreti legislativi del 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8¹⁴⁶, i quali tuttavia hanno escluso dal proprio perimetro applicativo alcuni dei reati indicati nella legge delega, tra cui quello previsto dall'art. 10-*bis* T.U. imm. Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016, «le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame: per tali materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito»¹⁴⁷.

Ancora una volta, pertanto, il legislatore ha rinunciato alla possibilità di eliminare dal sistema penale una fattispecie del tutto simbolica, ineffettiva e assolutamente incompatibile con il quadro assiologico costituzionale¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Recante “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”.

¹⁴⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un’occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, p. 135 ss.

¹⁴⁶ Il d.lgs. n. 7/2016 ha abrogato numerose fattispecie penali, trasformandole in illeciti civili per i quali è prevista, oltre al risarcimento del danno, l'applicazione di una sanzione pecuniaria civile devoluta alla Cassa delle ammende. Il d.lgs. n. 8/2016, invece, ha “derubricato” molte figure di reato a meri illeciti amministrativi.

¹⁴⁷ Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 8/2016, in *www.governo.it*, p. 5.

¹⁴⁸ In senso critico nei confronti della curvatura populista sempre più spesso assunta dalle scelte politico-criminali operate dal legislatore, soprattutto nel settore dell'immigrazione, cfr. L. RISICATO, D. PULITANÒ, A. MANNA, C. SOTIS, A. SESSA, S. BONINI, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, T. GUERINI,

6. La terza direttrice: la criminalizzazione diretta “in senso lato”

Le più recenti tendenze normative evidenziano che la criminalizzazione dei migranti sia di frequente perseguita attraverso un utilizzo non diretto, ma indiretto del diritto penale. Sempre più spesso, infatti, la commissione di un reato è espressamente tipizzata come presupposto o per l'espulsione dello straniero o per la produzione di una serie di effetti di natura amministrativa convergenti tutti verso un unico scopo: il mancato riconoscimento o la sottrazione di un titolo di soggiorno in grado di legittimare, a sua volta, l'allontanamento dell'irregolare.

Ne deriva che con l'espressione “criminalizzazione in senso lato” si fa riferimento non solo al complessivo sistema delle espulsioni, ma anche alle molteplici ricadute che il diritto penale produce sui procedimenti amministrativi volti al riconoscimento di un titolo di soggiorno e, in particolare, su quelli in materia di protezione internazionale e di cittadinanza.

6.1. L'espulsione dello straniero

L'espulsione costituisce un istituto proteiforme che viene ampiamente impiegato nella disciplina dell'ingresso e del soggiorno dello straniero sul territorio al punto che «la pervicacia con la quale il legislatore moltiplica la gamma delle occasioni in cui, indifferentemente, l'autorità amministrativa o l'autorità giudiziaria possono disporre l'espulsione del migrante rivela come nel complesso tutta la regolamentazione giuridica del fenomeno migratorio, anche ove di natura extrapenale, sia [...] globalmente orientata verso la realizzazione dello scopo dell'allontanamento forzato»¹⁴⁹.

Rispetto alla pluralità di forme nelle quali l'espulsione può manifestarsi, il diritto penale ricopre un ruolo non sempre costante e, proprio rispetto a questo

La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista, in archiviopdc.dirittopenaleuomo.org, 22 dicembre 2016, p. 1 ss.

¹⁴⁹ Cfr. C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, p. 262 ss.; L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 271. Sul tema v. pure ID., *L'espulsione del migrante e la “materia penale” tra punizione e prevenzione*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2018, p. 109 ss.; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 175 ss.

profilo, è possibile distinguere almeno due macro-categorie di espulsione: da una parte, quelle che presuppongono formali condanne penali; dall'altra, quelle che ne prescindono¹⁵⁰.

Nella prima categoria di provvedimenti rientrano l'espulsione-misura di sicurezza, l'espulsione-misura sostitutiva e l'espulsione-misura alternativa alla detenzione, tutte di fonte giudiziale.

L'espulsione come misura di sicurezza si ritrova disciplinata all'art. 15 T.U. imm.¹⁵¹ che ne prevede l'applicazione, oltre che nei casi disciplinati dall'art. 235 c.p., anche nelle ipotesi di condanna per taluna delle fattispecie di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p., ovvero quei delitti per i quali sono previsti l'arresto obbligatorio e l'arresto facoltativo in flagranza di reato. Proprio l'ampiezza dei reati-presupposto testimonia l'allontanamento «dalla *ratio* di prevenzione generale e di prevenzione speciale propria della misura»¹⁵² e la sua deviazione verso scopi di mera neutralizzazione dell'immigrato.

La previa commissione di una fattispecie penalmente rilevante funge da condizione anche per l'espulsione come misura sostitutiva e alternativa alla detenzione, entrambe disciplinate dall'articolo 16 T.U. imm., rispettivamente al primo e al quinto comma. Senonché, si è da subito dubitato della compatibilità costituzionale di queste previsioni in quanto, pur trattandosi di misure sostanzialmente penali, sembra mancare qualsiasi riferimento alle funzioni di integrazione sociale o, comunque, di non ulteriore desocializzazione della sanzione. E tuttavia la Consulta ha in più occasioni superato i rilievi critici sollevati facendo leva sulla natura amministrativa e non penale delle misure in parole «che permarrebbe anche quando [...] essa sia disposta dal giudice penale e non dalla pubblica autorità»¹⁵³.

¹⁵⁰ G.L. GATTA, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, cit., p. 686, ove l'Autore evidenzia che «L'intreccio e la sovrapposizione tra diritto dell'immigrazione e diritto penale, nel nostro sistema, sono testimoniati d'altra parte anche e proprio dalla natura proteiforme dell'espulsione».

¹⁵¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 259 ss.

¹⁵² L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 269.

¹⁵³ L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 268. Tale tesi è stata sostenuta dalla Corte cost., ord. 14 luglio 1999 (dep. 28 luglio 1999), n. 369, rispetto all'espulsione come sanzione sostitutiva, e nella ord. 8 luglio 2004 (dep. 15 luglio 2004), n. 226, con riferimento all'espulsione come misura alternativa alla detenzione. Per gli ulteriori profili di criticità cfr. C. LONGOBARDO, *La*

Nella seconda macro-categoria di espulsioni innanzi individuata – ovvero quella che raccoglie al proprio interno i provvedimenti espulsivi che prescindono da formali pronunce di condanna – possono ricomprendersi le figure formalizzate all’art. 13, co. 1 e 2, T.U. imm. Tra queste, tuttavia, occorre effettuare un’ulteriore sotto-distinzione a seconda dei presupposti applicativi richiesti e della funzione perseguita dalla misura.

Seguendo quest’ordine d’idee, entro un primo sotto-gruppo è possibile ricomprensere sia l’espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza disposta dal Ministro dell’interno (art. 13, co. 1, T.U. imm.), che l’espulsione prefettizia relativa a soggetti sottoponibili a misure di prevenzione (art. 13, co. 2, lett. c., T.U. imm.). In entrambe le ipotesi, infatti, viene in rilievo una misura *ante delictum* con una funzione essenzialmente preventiva rispetto alla futura commissione di reati, con tutti i rilievi critici che questa peculiare categoria dogmatica, ormai da tempo, porta con sé¹⁵⁴.

Un secondo sotto-gruppo è, invece, rappresentato dalle espulsioni prefettizie di cui all’art. 13, co. 2, lett. a) e b), T.U. imm., nelle quali si contesta al migrante la violazione della disciplina amministrativa in materia di ingresso e soggiorno sul territorio, con una finalità questa volta prevalentemente repressiva che, al di là del *nomen iuris* attribuito dal legislatore, sembra disvelare una natura sostanzialmente penale¹⁵⁵. Ed è proprio il ricorso spregiudicato a simili misure sanzionatorie – alla base del quale si pone forse «un malinteso senso dell’idea di un diritto penale

disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell’immigrazione, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, cit., p. 272 ss.

¹⁵⁴ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 9 ss.; C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell’immigrazione*, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, cit., p. 267 ss.; A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 943 ss., ove l’Autore dedica una lunga nota proprio alla disciplina dell’immigrazione, mettendone in evidenza i maggiori profili di incompatibilità costituzionale e giustificandone la sopravvivenza nell’ordinamento con una serie di considerazioni ancora di estrema attualità, tra le quali la «collocazione di questi istituti in una di quelle zone di confine fra rami diversi del diritto che finiscono per essere le più trascurate», oltre che «il segreto convincimento circa la “politicità” della materia e circa il necessario affidamento di questi provvedimenti a quel potere (esecutivo) che più direttamente interpreta la volontà politica dello Stato».

¹⁵⁵ In questo senso, cfr. L. SIRACUSA, *L’espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 253 ss.

minimo»¹⁵⁶ – a segnalare la tendenza, particolarmente allarmante, del legislatore ad incidere sui diritti fondamentali della persona attraverso il diritto amministrativo, più “snello” e meno garantito del diritto penale¹⁵⁷.

A conferma del carattere fungibile assunto da questi strumenti giuridici si pone, del resto, il dato secondo cui le condotte che si pongono alla base del provvedimento di espulsione *ex art. 13, co. 2, lett. a) e b), T.U. imm.* assumono, allo stesso tempo, anche rilevanza penale alla luce dell’art. 10-*bis* T.U. imm. e di qui sorge anche l’ulteriore problema di capire in che rapporto si pongono questi procedimenti. A tal riguardo, occorre rilevare che se nelle more dello svolgimento del processo penale l’Amministrazione esegue l’espulsione coattivamente, il giudice, ai sensi dell’art. 10-*bis*, co. 5, T.U. imm., pronuncia sentenza di non luogo a procedere. In caso contrario, il processo penale prosegue e, laddove si pervenga ad una pronuncia di condanna, si irrognerà la pena pecuniaria dell’ammenda, sostituibile con l’espulsione. Si viene così a determinare un meccanismo farraginoso a fronte del quale «lo straniero [...] fa collezione di espulsioni: quella amministrativa del prefetto e quella del giudice di pace, con enorme dispendio di risorse e denaro pubblico»¹⁵⁸.

6.2. Le ricadute del diritto penale sul titolo di soggiorno

La commissione di un fatto penalmente rilevante non solo condiziona l’operatività, nei modi appena illustrati, dell’istituto dell’espulsione, ma produce conseguenze significative anche sui procedimenti amministrativi volti al riconoscimento di un titolo di soggiorno in favore del migrante¹⁵⁹.

¹⁵⁶ C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell’immigrazione*, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, cit., p. 259.

¹⁵⁷ C. LONGOBARDO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁸ G. SAVIO, *Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà*, in *asgi.it*, 11 gennaio 2016, p. 2.

¹⁵⁹ Ad ulteriore conferma dell’assunto può essere richiamato l’art. 103, co. 10, lett. c, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con modif. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, secondo il quale sono esclusi dalle procedure di regolarizzazione del lavoro sommerso, promosse in seguito alla diffusione dell’epidemia Covid-19, i cittadini stranieri «che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei reati previsti dall’articolo 380 del codice di procedura penale o per i delitti contro la libertà personale ovvero per i reati inerenti gli stupefacenti, il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina verso l’Italia e dell’emigrazione clandestina dall’Italia verso altri Stati

Sul punto vale osservare che la sussistenza di una condanna penale può, in primo luogo, impedire di fare ingresso nel Paese, dato che l'art. 4, co. 3, T.U. imm. prescrive che non è ammesso in Italia lo straniero, ancora non presente sul territorio, che risulti destinatario di una condanna penale per alcuni reati, con sentenza definitiva o non definitiva a seconda della fattispecie chiamata in gioco¹⁶⁰.

Qualora, invece, la condanna riguardi un migrante già presente sul territorio nazionale, tale circostanza può comportare la revoca o il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno (art. 5, co. 5 e 5-bis T.U. imm.) e la conseguente espulsione (art. 13, co. 2, T.U. imm.), misure qualificate dal Consiglio di Stato quali «effetti di natura amministrativa che la legge fa derivare dal fatto storico consistente nell'aver riportato una condanna per determinati reati, quale indice presuntivo di pericolosità sociale o, quanto meno, di riprovevolezza (e di non meritevolezza ai fini della permanenza in Italia) del comportamento tenuto dallo straniero nel nostro Paese»¹⁶¹.

In questa stessa direzione si pone anche l'ampliamento, operato dal d.l. n. 113/2018¹⁶², del catalogo delle fattispecie incriminatrici che, in caso di condanna irrevocabile, determinano il diniego o la revoca dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria. Fino all'entrata in vigore della novella del 2018, infatti, in questa categoria di illeciti penali rientravano i reati indicati all'art. 407, co. 2, lett. a, c.p.p., in quanto sintomatici di una pericolosità tale da giustificare la compressione del diritto di asilo dello straniero, sia che esso fosse in fase di accertamento, sia che esso fosse stato già riconosciuto. L'intervento da ultimo richiamato è andato a

o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite».

¹⁶⁰ L'art. 4, co. 3, T.U. imm. stabilisce che «Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale, nonché dall'articolo 1 del decreto legislativo 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'articolo 24 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773».

¹⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2011 (dep. 19 gennaio 2011), n. 378, in *dejure.it*.

¹⁶² Nello specifico, la modifica ha interessato, per il diniego della protezione internazionale, gli artt. 12, co. 1, lett. c), e 16, co. 1, lett. d-bis), d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 e, per la revoca, gli artt. 13, co. 1, lett. a), e 18, co. 1, lett. a), d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251.

rinfoltire la lista dei reati ostativi al riconoscimento e alla conservazione della protezione internazionale, ricomprendendovi nuove fattispecie penali come la violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), le lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in occasione di manifestazioni sportive (art. 583-*quater* c.p.), il furto in abitazione (art. 624-*bis*, co. 1, c.p.) o il furto aggravato dalla mera disponibilità di armi o narcotici (all'art. 625, co. 1, c.p.), generando non pochi dubbi di ragionevolezza.

Ebbene, se la possibilità di negare o revocare la protezione internazionale rappresenta una facoltà riconosciuta in capo a ciascuno Stato in ragione di un giudizio di pericolosità individualizzato che si accompagna ad una condanna definitiva dello straniero per un reato “particolarmente grave” o “di particolare gravità”¹⁶³, sembra difficile sostenere che i delitti da ultimo aggiunti al catalogo dei reati ostativi sopra richiamato siano davvero qualificabili nei termini anzidetti. Si tratta, infatti, di fattispecie delittuose caratterizzate da cornici edittali particolarmente basse e connotate da una portata offensiva che non appare in grado di giustificare il disconoscimento o la revoca di un diritto fondamentale della persona come quello di asilo¹⁶⁴.

Da ultimo, non pare irragionevole ricomprendere nel processo di criminalizzazione “in senso lato” che ormai interessa non più i soli “migranti economici”, ma anche i richiedenti asilo, quell’insieme di disposizioni che, soprattutto nell’ambito dei più recenti “decreti sicurezza”, hanno introdotto penetranti limitazioni processuali e sostanziali al riconoscimento della stessa protezione internazionale, la quale oggi indica sempre di più non uno «*status* da

¹⁶³ La revoca dello *status* di rifugiato è una misura espressamente contemplata dall'art. 33, par. 2, della Convenzione di Ginevra del 1951 che ne prevede l'applicazione qualora il rifugiato «deba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese». Una previsione del tutto simile, peraltro, è contenuta all'interno dell'art. 14, par. 4, della “direttiva Qualifiche” (2011/95/CE), la quale riconosce un’analoga facoltà allo Stato membro quando la persona interessata “costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato” o quando questa “essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro”.

¹⁶⁴ Cfr. L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 39, in cui l’Autore, rispetto all’inserimento del delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale tra i reati ostativi in esame, rileva una «violazione della normativa sovranazionale, cui non è possibile porre rimedio in via interpretativa, e che può essere risolta solo con la disapplicazione della norma [...] o con la sua dichiarazione di incostituzionalità».

garantire, quanto da circoscrivere, nella prospettiva che l'asilo più che un diritto sia un escamotage utilizzato dai migranti per occupare lo spazio proprio dei cittadini»¹⁶⁵.

Nella direzione appena tracciata si pongono, in primo luogo, alcune significative novità contemplate dal d.l. n. 13/2017 rispetto alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, tra le quali sembra opportuno rammentare in questa sede: la sostituzione del rito sommario di cognizione con il rito camerale *ex art. 737 c.p.c.*; la previsione di un contraddittorio scritto e di un'udienza solo eventuale, così come ad essere eventuale è la comparizione del migrante; la non reclamabilità del decreto che definisce il rito, il quale, pertanto, risulta sprovvisto di un doppio grado di giudizio nel merito¹⁶⁶.

Sul piano sostanziale, invece, occorre segnalare l'abrogazione, operata dal d.l. n. 113/2018, della disciplina di una delle tre forme di protezione legale riconosciute agli stranieri nel nostro ordinamento, ovvero la protezione umanitaria. Tale modello di tutela, originariamente contenuto all'art. 5, co. 6, T.U. imm.¹⁶⁷, rifletteva la scelta del legislatore interno di riconoscere una copertura normativa residuale a tutti quei casi che, ancorché non pienamente rispondenti ai rigidi presupposti normativi previsti per l'accertamento della protezione internazionale, risultavano, tuttavia, ugualmente meritevoli di tutela. Proprio il carattere aperto ed indeterminato della norma aveva reso questa forma di protezione legale una vera e propria valvola di sfogo del sistema di cui si faceva larga applicazione per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo *ex art. 2 Cost.* e del principio di *non-refoulement*¹⁶⁸,

¹⁶⁵ A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, cit., p. 175.

¹⁶⁶ Cfr. M.C. AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma nella gestione del fenomeno migratorio*, cit., p. 152, in cui si evidenzia che «l'anomalia [risulta] ancor più grave se si considera che la protezione internazionale riguarda diritti costituzionali rientranti tra i principi fondamentali della repubblica (art. 10, co. 3, Cost.) e che, eliminando l'appello, si determina un'articolazione differente del diritto per i soli richiedenti asilo, violando il principio d'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza».

¹⁶⁷ In base al previgente art. 5, co. 6, T.U. imm. il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno non potevano essere adottati a fronte di seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano.

¹⁶⁸ Tale principio è sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati (*Convention relating to the Status of Refugees*), adottata il 28 luglio del 1951. E tuttavia il suo inserimento all'interno dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), adottata il 10 dicembre del 1984, ha fatto in modo che il divieto di respingimento, originariamente destinato ai soli rifugiati, si estendesse ad ogni individuo.

La scelta operata dal legislatore del 2018 di abrogare questo istituto, sostituendolo con la previsione di nuovi permessi speciali tipici¹⁶⁹, rispondeva ad un fine chiaramente propagandistico ed aveva sollevato molti dubbi in merito alla compatibilità costituzionale di una simile scelta legislativa, tanto da spingere il Capo dello Stato, in sede di promulgazione, a manifestare perplessità e riserve critiche rispetto al contenuto della riforma¹⁷⁰.

Anche sulla scorta di tali rilievi critici il nuovo d.l. n. 130/2020, dopo aver ribadito all'art. 5, co. 6, T.U. imm. la necessità di osservare gli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, ha modificato le condizioni in presenza delle quali può essere riconosciuto al richiedente asilo il permesso di soggiorno per protezione speciale di cui all'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008. Tale titolo, in particolare, può essere rilasciato su indicazione della Commissione Territoriale quando la stessa, pur non avendo accolto la richiesta di riconoscimento del rifugio o della protezione sussidiaria, ritenga che sussistano le condizioni previste dall'art. 19, co. 1 e 1.1, T.U. imm., ovvero quando esistano fondati motivi di ritenere che il migrante rischi di essere sottoposto (oltre che a tortura) a trattamenti inumani o degradanti; ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6, T.U. imm.; oppure, «esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare», tenendo conto, peraltro, «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine»¹⁷¹.

¹⁶⁹ Tra questi rientrano, ad esempio, il permesso per cure mediche (art. 19, co. 1, lett. d-bis, T.U. imm.), per calamità (art. 20-bis T.U. imm.), per atti di particolare valore civile (art. 42-bis T.U. imm.).

¹⁷⁰ Per il contenuto della missiva si rinvia a *Decreto sicurezza bis: Mattarella promulga e invia lettera ai Presidenti di Senato, Camera e del Consiglio dei Ministri*, in www.quirinale.it, 8 agosto 2019. Sul punto cfr. F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disuguaglianza sanzionatoria*, cit., p. 20 ss.

¹⁷¹ Occorre evidenziare che la novella normativa ha modificato in termini estensivi non solo i presupposti legittimanti il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi di protezione speciale, ma anche altre tipologie di permesso di soggiorno – tra le quali quello per cure mediche e quello per calamità – ampliando, allo stesso tempo, le condizioni di convertibilità in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in www.sistemapenale.it, 23 ottobre 2020; P. COGNINI, *Le modifiche ai decreti-sicurezza. Illustrazione delle modifiche normative in materia di immigrazione e asilo contenute nel testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del 5 ottobre 2020*, in www.meltingpot.org, 22 ottobre 2020, p. 1 ss.

Le modifiche appena illustrate hanno spinto molti commentatori a parlare di una vera e propria reintroduzione dell'originario istituto della protezione umanitaria¹⁷², il cui nuovo ed effettivo ambito di applicazione dipenderà in larga parte, come spesso accade in questo settore, dalla prassi applicativa.

6.3. Le ricadute del diritto penale sullo *status* di cittadino

La realizzazione di un fatto di reato da parte del migrante può incidere negativamente anche sull'acquisto o sulla conservazione dello *status* di cittadino, in una pervasiva logica criminalizzante che tende a coinvolgere non più solo migranti economici e richiedenti asilo, ma addirittura gli stranieri che hanno già acquistato la cittadinanza.

A tal proposito ha destato forti perplessità l'inserimento del nuovo art. 10-*bis* nella l. n. 91/1992 che dispone la revoca della cittadinanza acquistata per elezione, matrimonio o naturalizzazione nel caso di condanna definitiva per i reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a, n. 4, c.p.p., nonché per le fattispecie previste dagli artt. 270-*ter* e 270-*quinquies*.2 c.p.¹⁷³.

Il profilo di maggiore criticità con il dettato costituzionale si rileva in punto di rispetto del principio di uguaglianza, dal momento che la revoca in esame riguarda

¹⁷² A seguito dell'adozione del d.l. n. 130/2020, pertanto, il diritto di asilo, costituzionalmente garantito dall'art. 10, co. 3, Cost., sarebbe tornato a declinarsi in tre diverse livelli di tutela rappresentati, oltre che dalla ripristinata protezione umanitaria, dallo *status* di rifugiato e dalla protezione sussidiaria, riconducibili alla macro-categoria della protezione internazionale.

Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 251/2007 si definisce rifugiato «il cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, op-pure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'articolo 10».

Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 251/2007 per persona ammissibile alla protezione sussidiaria si intende il «cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese».

¹⁷³ A. CIERVO, *Le modifiche in materia di cittadinanza, in Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 183 ss. Tali profili normativi, invero, non sono stati incisi dal più recente d.l. n. 130/2020 che, tuttavia, in materia di riconoscimento della cittadinanza per matrimonio e per naturalizzazione, ha dimezzato i termini per la conclusione dei relativi procedimenti portandoli da quarantotto a ventiquattro mesi, prorogabili fino ad un massimo di trentasei mesi.

solo chi ha acquistato la cittadinanza secondo una delle modalità disciplinate dagli artt. 4, 5 e 9 della l. n. 91/1992, ma non anche coloro che siano divenuti cittadini italiani in altro modo. Viene, così, in rilievo un'evidente disparità di trattamento tra i cittadini di Stati esteri che risultano titolari anche della cittadinanza italiana *iure sanguinis* e coloro che invece abbiano acquistato lo *status* di cittadini per altra via, «con la conseguenza che chi nasce straniero, anche quando abbia acquisito la cittadinanza italiana, non è italiano allo stesso modo di chi nasce italiano; chi nasce italiano tale rimane a prescindere dai reati che commetta, chi diventa italiano lo rimane solo se non compie fatti di particolare gravità»¹⁷⁴.

Oltre che per i profili appena evidenziati, la misura in esame presenta un ulteriore punto di frizione rispetto all'art. 117 Cost. La novella, infatti, non esclude dall'ambito di applicazione della nuova disciplina i soggetti che risultino privi della cittadinanza di un altro Stato e che quindi, per effetto della revoca, diventerebbero apolidi in contrasto con quanto sancito dall'art. 8 § 1 della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 30 agosto 1961. Non è tuttavia mancato chi, facendo leva, da un lato, sull'assenza nella novella normativa di una deroga espressa al divieto di nuova apolidia e, dall'altro, sul richiamo operato in favore della suddetta Convenzione all'interno della Relazione di accompagnamento alla legge di conversione, ha sottolineato come in nessun caso il Ministero dell'interno possa proporre un provvedimento di revoca della cittadinanza nei confronti di chi non possiede anche la cittadinanza di un altro Stato¹⁷⁵.

7. La criminalizzazione indiretta come quarta direttrice: un'ipotesi di lavoro

Accanto al processo di espansione oggettiva della *crimmigration*, che muove da una criminalizzazione “in senso stretto” verso una criminalizzazione “in senso lato” dei flussi migratori, va rilevato anche un ampliamento soggettivo del fenomeno che avanza da una “criminalizzazione diretta” verso una “criminalizzazione indiretta” degli stranieri, volta a disincentivare ogni forma di aiuto e soccorso in loro favore¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, cit., p. 40.

¹⁷⁵ In tal senso cfr. A. AIMI, *Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, cit., p. 157.

¹⁷⁶ Cfr. A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in www.questionegiustizia.it, 20 giugno 2019, p. 7.

Nella direzione da ultimo indicata, la *crimmigration* non si rivolge più solo al migrante, ma va a colpire tutti quei soggetti che a vario titolo pongono in essere attività di supporto e assistenza a coloro che fanno ingresso in Italia irregolarmente.

Questa potenziale e più recente strategia di criminalizzazione trova un suo diretto referente normativo nel delitto di “favoreggiamento dell’immigrazione irregolare” di cui all’art. 12 T.U. imm. il quale nella sua fattispecie base incrimina la condotta di colui che «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»¹⁷⁷.

Si tratta di un reato di non recente introduzione, le cui origini e la cui evoluzione normativa hanno risentito dell’influenza esercitata dal diritto internazionale e dalla legislazione europea, segnatamente, dalla direttiva 2002/90/CE e dalla decisione quadro 2002/946/GAI¹⁷⁸. La disciplina che ne è risultata – e che costituisce diritto tuttora vigente – delinea un delitto a consumazione anticipata posto a presidio dell’interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori nel quale le maglie della punibilità si allargano al punto tale da ricomprendere anche condotte poste in essere per scopi evidentemente umanitari.

Di tanto si trae conferma dai sempre più frequenti episodi di cronaca giudiziaria che hanno messo in discussione la liceità delle attività di ricerca e soccorso in mare portate avanti dalle organizzazioni non governative, divenute oggetto di un’incalzante campagna mediatica diffamatoria, oltre che di discutibili scelte di politica legislativa chiaramente ispirate da fini propagandistico-elettorali¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degl’Innocenti, Milano, 2011, p. 35 ss.; A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 37 ss.; M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*, cit., p. 169 ss.

¹⁷⁸ Cfr. *infra*, Cap. II, par. 4.

¹⁷⁹ Il riferimento riguarda i più recenti “decreti-sicurezza”: d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con modif. dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, recante “Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale”; d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con modif. dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132, recante “Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”; da ultimo, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. con modif. dalla l. 8 agosto 2019, n. 77, recante “Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica”. Per una nota

Si ritiene, dunque, che proprio questi più recenti risvolti applicativi offrano una preziosa occasione di riflessione sui più evidenti tratti aporetici che caratterizzano le incriminazioni contenute nell'art. 12 T.U. imm. nell'ambito di una più ampia indagine che, partendo dallo studio delle origini e della struttura di tali fattispecie, possa giungere fino alla prospettazione di alcune soluzioni *de iure condendo*.

critica agli ultimi due provvedimenti citati cfr. A. CAVALIERE, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in *Leg. pen.*, 21 luglio 2020, p. 1 ss., ove l'Autore evidenzia come i profili maggiormente repressivi delle novelle abbiano colpito soprattutto le marginalità sociali.

Capitolo II

La criminalizzazione “indiretta” dell’immigrazione nel diritto internazionale e nel diritto europeo

SOMMARIO: 1. Premessa: il doppio binario del *trafficking in human beings* e dello *smuggling of migrants*. – 2. Il *trafficking in human beings* nel contesto internazionale ed europeo. – 3. I delitti contro la personalità individuale e la tratta di persone (art. 601 c.p.) nell’ordinamento interno. 3.1. *Segue*. La tutela delle vittime di tratta e di grave sfruttamento; 4. Lo *smuggling of migrants* nel quadro normativo internazionale e la *facilitation of unauthorised entry* nel quadro normativo europeo. – 5. Il favoreggiamento delle migrazioni irregolari (art. 12 T.U. imm.) nell’ordinamento interno. 6. La sottile linea di confine tra la tratta di persone e il favoreggiamento delle migrazioni irregolari.

1. Premessa: il doppio binario del *trafficking in human beings* e dello *smuggling of migrants*

L’analisi dei delitti di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, quale ulteriore e più recente espressione delle politiche di *crimmigration* deve necessariamente partire dalle origini delle relative previsioni incriminatrici, che si rinvencono nel quadro normativo internazionale ed europeo¹⁸⁰.

A ben vedere, ancor prima di dare vita a forme di criminalizzazione diretta delle migrazioni, gli Stati sovrani si sono preoccupati di criminalizzare indirettamente i flussi migratori, mettendo a punto una disciplina che si è sviluppata nel corso del tempo lungo il doppio binario che contrappone il fenomeno del *trafficking in persons* da quello dello *smuggling of migrants*¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, a cura di S. Forlati, Napoli, 2013, p. 1 ss.; B. NASCIBENE, *La politica europea in materia di immigrazione e la lotta al traffico di persone*, in *Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 95 ss.; G. PALMISANO, *Strumenti internazionali per la lotta al traffico dei migranti*, in *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, a cura di M. Carta, Roma, 2009, p. 97 ss.

¹⁸¹ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 98 ss.; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 105 ss.; C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta di esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 85 ss.; F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di “clandestinità” nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 252 ss.

La distinzione viene tradizionalmente fondata sulla posizione del soggetto trasportato e, in particolare, sulla ricorrenza o meno del suo consenso al viaggio. Tale approvazione, infatti, risulta assente, estorta o viziata nel traffico di esseri umani, nel quale l'incriminazione si incentra sulla condotta di sfruttamento finale del migrante e il bene giuridico vulnerato è rappresentato dalla tutela della persona, segnatamente, della dignità umana. Di contro, il consenso del trasportato sussiste nel contrabbando di migranti, ipotesi nella quale il comportamento punibile si esaurisce nell'introduzione illegale di uno straniero in un certo territorio e l'interesse presidiato è principalmente quello statale al controllo dei propri confini¹⁸².

La contrapposizione tra le condotte di *trafficking in human beings* e quelle di *smuggling of migrants* viene formalizzata per la prima volta a livello internazionale nell'ambito della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000¹⁸³ che, come noto, consta di tre Protocolli addizionali: quello sulla tratta di persone (*trafficking in human beings*); quello sul contrabbando di migranti (*smuggling of migrants*); da ultimo, quello sulla produzione ed il traffico illecito di armi da fuoco (*trafficking in firearms*)¹⁸⁴.

Come la Convenzione di Palermo, anche la disciplina unionale si dipana lungo le due linee direttrici della tratta di esseri umani, da un lato, e del traffico di migranti, dall'altro. Tali materie, almeno fino al 2009, rientravano nell'ambito di intervento del primo e del terzo pilastro della Comunità europea¹⁸⁵, ma con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la "comunitarizzazione" del terzo pilastro sono state oggetto

¹⁸² Cfr. C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 143, ove l'Autore evidenzia che «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, dato che i suoi guadagni derivano dal futuro impiego che il criminale farà del "bene" trasportato. Viceversa, nel traffico dei migranti il soggetto agente svolge una funzione assimilabile a quella di una agenzia che offre un servizio di trasporto disinteressandosi completamente del futuro della persona trasportata».

¹⁸³ *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* firmata a Palermo il 15 dicembre 2000, resa esecutiva in Italia con la l. 16 marzo 2006, n. 146.

¹⁸⁴ Costituiscono parte integrante della Convenzione di Palermo i tre protocolli aggiuntivi: *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, entrato in vigore il 25 dicembre 2003; *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, entrato in vigore il 28 gennaio 2004; *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition*, entrato in vigore il 3 giugno 2005.

¹⁸⁵ È appena il caso di sottolineare che il Trattato di Amsterdam, tra le varie modifiche apportate al Trattato sull'Unione Europea, aveva previsto il trasferimento delle materie relative al visto, all'asilo e all'immigrazione dal terzo pilastro al primo, inserendole tra i 'settori' di competenza delle istituzioni dell'Unione e, dunque, soggetti al metodo comunitario e non intergovernativo. Sul punto cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Bari, 2010, p. 19 ss.

di significative modifiche rientranti nell'ambito di una più ampia ridefinizione dello spazio di agibilità riconosciuto all'Unione nella cooperazione giudiziale in materia penale (art. 82 ss. TFUE)¹⁸⁶. Il nuovo art. 83, par. 1, TFUE¹⁸⁷, infatti, prevede che il Parlamento e il Consiglio europeo, mediante direttive, possano stabilire norme minime comuni in ordine ai reati e alle sanzioni in sfere di criminalità organizzata transnazionale, tra le quali, oltre al terrorismo, figura proprio la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori¹⁸⁸. Nell'art. 83, par. 2, TFUE¹⁸⁹, invece, la competenza penale indiretta dell'Unione viene individuata non per materia, ma *per relationem*, facendo riferimento a tutti quei settori che sono stati già oggetto di armonizzazione e rispetto ai quali il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace delle politiche europee. Tra questi settori occorre richiamare, per quanto di interesse, quello dell'immigrazione di cui all'art. 79 TFUE ss., ove è stabilito che l'Unione si impegna a sviluppare una politica comune in materia di controllo delle frontiere esterne, di asilo e di immigrazione¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Cfr. C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 326 ss.

¹⁸⁷ L'art. 83, par. 1, TFUE recita: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata».

¹⁸⁸ B. NASCIBENE, *La politica europea in materia di immigrazione e la lotta al traffico di persone*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 95 ss.

¹⁸⁹ L'art. 83, par. 2, TFUE stabilisce che: «Il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76».

¹⁹⁰ In senso critico sull'incidenza sempre più pervasiva del diritto europeo sul diritto penale interno cfr. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 921 ss.; V. MASARONE, *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 163-164, ove l'Autrice evidenzia che se le carenze di democraticità delle fonti europee «non restavano inosservate in riferimento alla produzione normativa di terzo pilastro e, segnatamente, rispetto alle opzioni politico-criminali risultanti dalle decisioni quadro, esse assumono un rilievo ancora più significativo se rapportate alle direttive di armonizzazione – legittimate, a partire dal 2005, in via giurisprudenziale ed oggi (adottate) adottabili per espressa previsione dell'art. 83 TFUE –, in ragione della loro maggiore vincolatività e

Facendo leva su queste diverse basi giuridiche, nel corso del tempo la disciplina europea si è arricchita di una pluralità di atti in materia di *trafficking in persons* e di *smuggling of migrants*. Rispetto alla prima fattispecie menzionata, acquistano rilievo fondamentale la decisione quadro 2002/629/GAI e la successiva direttiva 2011/36/UE, le quali hanno comportato consistenti modifiche ai c.d. “delitti di liberticidio”¹⁹¹ previsti agli artt. 600, 601 e 602 c.p. Rispetto alla previsione del contrabbando di migranti, invece, le indicazioni unionali – rinvenibili già a partire dalla Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen del 1990 – si sono tradotte nell’adozione della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI, provvedimenti in attuazione dei quali l’ordinamento interno, già fornito dell’incriminazione di cui all’art. 12 T.U. imm., ha formalizzato nuove norme incriminatrici e, al contempo, modificato le precedenti con interventi spesso poco chiari e organici.

Nonostante i molteplici punti di contatto riscontrabili tra le fattispecie anti-*trafficking* e anti-*smuggling* previste dalla Convenzione di Palermo del 2000 e quelle contemplate dalla disciplina europea innanzi richiamata, è possibile individuare un differente approccio alla base della regolazione dettata rispettivamente in sede internazionale ed unionale. Entrambe le fonti menzionate, infatti, tendono alla ricerca di un bilanciamento tra i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel traffico illecito e l’interesse dello Stato al controllo delle proprie frontiere, ma le soluzioni fornite, come si avrà modo di vedere¹⁹², non sembrano del tutto sovrapponibili.

2. Il *trafficking in human beings* nel contesto internazionale ed europeo

Le radici della disciplina internazionale sulla tratta di persone si rinvergono in molteplici fonti pattizie¹⁹³ e, in particolare, nella Convenzione concernente la

della più penetrante incidenza che tali atti sono in grado di esprimere rispetto agli ordinamenti nazionali».

¹⁹¹ L’espressione è di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 6^a ed., Vicenza, 2016, p. 280 ss.

¹⁹² *Infra*, Cap. II, par. 4.

¹⁹³ G. PALMISANO, *op. cit.*, p. 113 ss. ove l’Autore richiama anche altre rilevanti convenzioni, tra le quali la Convenzione sull’eliminazione della discriminazione contro le donne del 1979 e la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Per un’approfondita ricostruzione delle fonti sovranazionali in materia di schiavitù e tratta di persone cfr. B. ROMANO, *Reati contro la persona*, in

schiavitù promossa dalla Società delle Nazioni del 1926¹⁹⁴ e nella Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956¹⁹⁵, le quali hanno imposto agli Stati firmatari l'obbligo di adottare misure idonee a prevenire simili fenomeni.

Più di recente, tuttavia, il baricentro della tutela si è spostato dai fatti di "schiavitù" a quelli di "tratta", categoria più ampia e flessibile della prima e, in quanto tale, più adeguata a rispondere ai bisogni di tutela emergenti dalla prassi, la quale nel corso del tempo ha evidenziato la necessità di intervenire anche a fronte di condotte che, seppur lontane da una completa "reificazione" della vittima, risultano comunque capaci di pregiudicare in maniera considerevole la sua libertà di autodeterminazione.

In questa direzione si inserisce il primo Protocollo addizionale della Convenzione di Palermo che all'art. 2 si pone un triplice obiettivo: prevenire e combattere la tratta di persone, prestando particolare attenzione ai soggetti vulnerabili; tutelare e assistere le vittime nel pieno rispetto dei loro diritti umani; promuovere la cooperazione fra gli Stati.

Preliminare ad ogni tipo di intervento è la definizione della condotta di tratta contenuta nell'art. 3, lett. a), del documento in esame, secondo cui tale espressione comprende ogni comportamento coincidente con il reclutare, il trasportare, il trasferire, l'ospitare o l'accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione – rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità – o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Quest'ultimo comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi¹⁹⁶.

Trattato di diritto penale. Parte speciale, vol. XIV, tomo III, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2016, p. 17 ss.

¹⁹⁴ *Slavery Convention*, firmata a Ginevra il 25 settembre 1926 e resa esecutiva in Italia con r.d. n. 1723/1928.

¹⁹⁵ *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*, firmata a Ginevra il 7 settembre 1956 e resa esecutiva in Italia con la l. n. 1304/1957.

¹⁹⁶ *Article 3*, par. a), intitolato "Use of terms", secondo cui «"Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or

La definizione normativa appena richiamata, sotto il profilo oggettivo, tipizza le specifiche modalità di realizzazione della tratta con un metodo marcatamente casistico, focalizzando l'attenzione più sulle condotte di trasporto, che non di sfruttamento del migrante¹⁹⁷. Sotto il profilo soggettivo, invece, essa assegna un ruolo di primario rilievo alla finalità di utilizzazione della vittima, che costituisce l'oggetto del dolo specifico dell'agente¹⁹⁸.

Muovendo da tale definizione, il Protocollo pone in capo agli Stati Parte una pluralità di obblighi che possono essere idealmente ricondotti entro due macro-categorie: da un lato, quelli volti a reprimere le condotte di tratta e a incentivare gli obblighi di cooperazione internazionale; dall'altro, gli obblighi di assistenza e tutela in favore dei soggetti trafficati.

Rispetto alla prima categoria, il Protocollo stabilisce, in primo luogo, il dovere di adottare tutte le misure necessarie ad incriminare le condotte sopra descritte qualora presentino profili di transnazionalità e siano poste in essere da gruppi criminali organizzati. Simili interventi, tuttavia, devono essere accompagnati dall'adempimento di correlati obblighi di cooperazione internazionale tra i quali, in particolare, quello di favorire la circolazione di informazioni tra Stati (art. 10, *Information exchange and training*), quello di rafforzare i controlli alle frontiere (art. 11, *Prosecution, adjudication and sanctions*) e quello di garantire adeguate verifiche sui documenti di circolazione (art. 12, *Security and control of documents*).

Quanto al profilo della protezione e dell'assistenza in favore delle persone trafficate, il Protocollo assegna agli Stati Parte il compito di proteggere la riservatezza e l'identità dei soggetti coinvolti, di informarli in merito ai procedimenti giudiziari e amministrativi in corso, di attuare strumenti di recupero fisico, psicologico e sociale (art. 6, *Assistance to and protection of victims of trafficking in*

of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs».

¹⁹⁷ In senso critico verso l'approccio adottato dalla Convenzione di Palermo cfr. F. VIGANÒ, *Rethinking the Model Offence. From 'Trafficking' to 'Modern Slavery'?*, in *What is Wrong in Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, edited by R. Havercamp, E. Herlin-Karnel, C. Lernestedt, Oxford, 2019, p. 239 ss.

¹⁹⁸ Cfr. L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 18 novembre 2016, p. 7.

persons), fino al riconoscimento di misure che consentano alle vittime della tratta, nei casi opportuni, di restare sul territorio a titolo temporaneo o permanente (art. 7, *Status of victims of trafficking in persons in receiving States*).

Non è mancato chi ha evidenziato una certa diversità di approccio fra le previsioni del Protocollo con contenuto repressivo e quelle con contenuto assistenziale: le prime sono costruite sotto forma di impegni internazionalmente vincolanti rispetto agli obblighi assunti dagli Stati membri nella criminalizzazione delle relative condotte; le seconde invece sono articolate in termini più flessibili, in modo da lasciare ampia discrezionalità alle risposte nazionali, a dimostrazione della maggior pregnanza attribuita agli strumenti di penalizzazione del fenomeno, piuttosto che a quelli volti a tutelare le vittime di *trafficking*¹⁹⁹.

L'azione di contrasto ai fenomeni di tratta è stata portata avanti anche dall'Unione europea, sebbene in questa diversa sede normativa la rilevanza della tratta prescinda dal coinvolgimento di organizzazioni criminali e possa assumere anche carattere meramente interno²⁰⁰. In tale direzione si muovono due fondamentali interventi: la decisione quadro 2002/629/GAI²⁰¹ sulla lotta alla tratta degli esseri umani e, soprattutto, la direttiva 2011/36/UE²⁰².

Il primo dei due atti richiamati, a fronte di una fattispecie di tratta descritta in termini non dissimili da quelli convenzionali²⁰³, obbliga gli Stati membri ad adottare

¹⁹⁹ In questi termini v. V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, cit., p. 97-98, ove l'Autore chiarisce che si tratta di un profilo critico che non attiene esclusivamente al Protocollo sulla tratta di esseri umani, ma che può essere generalizzato all'insieme degli strumenti sovranazionali intervenuti nel contrasto alle forme di criminalità transnazionale.

²⁰⁰ A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 3.

²⁰¹ *Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings*.

²⁰² *Directive of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA*.

²⁰³ Art. 1 decisione quadro 2002/629/GAI, rubricato "Reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o di sfruttamento sessuale": «1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti atti siano puniti come reato: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona, qualora: a) sia fatto uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento; oppure b) sia fatto uso di inganno o frode; oppure c) vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima; oppure d) siano offerti o ricevuti pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona a fini di sfruttamento del lavoro o dei servizi prestati da tale persona, compresi quanto meno il lavoro o i servizi forzati o obbligatori, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù o alla servitù oppure a fini

sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, prevedendo in ogni caso la pena della reclusione per una durata massima non inferiore a otto anni qualora i fatti siano commessi da un'organizzazione criminale o quando la realizzazione dell'illecito metta in pericolo la vita delle vittime.

Quanto al secondo intervento, vale evidenziare che la direttiva 2011/36/UE, ponendosi in sostituzione della precedente decisione quadro, ha realizzato un ulteriore rafforzamento della tutela muovendo dall'individuazione di una più ampia nozione di tratta, idonea a ricomprendere tra le proprie modalità di realizzazione anche nuove forme di sfruttamento come l'accattonaggio forzato, il prelievo di organi e l'impiego delle vittime in attività illecite. Sotto il profilo sanzionatorio, essa ha dato luogo ad un notevole inasprimento delle cornici edittali mediante la previsione di una pena massima di almeno cinque anni di reclusione per le ipotesi base (laddove la decisione quadro si limitava a chiedere sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive) e di una pena massima di almeno dieci anni di reclusione per le ipotesi aggravate (anziché otto, come richiesto dalla decisione quadro)²⁰⁴.

Anche a livello eurounitario, peraltro, sono stati implementati gli obblighi di collaborazione tra gli Stati membri, ovvero forme di cooperazione transfrontaliera basate sullo scambio di informazioni e di *best practice*, oltre che sul dialogo costante tra le autorità di polizia, giudiziarie e finanziarie degli Stati membri²⁰⁵.

Allo stesso tempo, la direttiva non ha mancato di prevedere mezzi di assistenza e sostegno ai soggetti trafficati prima, durante e, per un congruo periodo di tempo, successivamente alla conclusione del procedimento penale, tra le quali la garanzia di un alloggio, di cure mediche o di altro tipo, con l'espressa precisazione che tali misure non si intendono subordinate alla volontà della vittima di collaborare nella fase delle indagini o del processo²⁰⁶.

di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia».

²⁰⁴ Cfr. C. SANTORO, *La tratta di esseri umani*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. Cavaliere e V. Masarone, Napoli, 2018, pp. 245-246; C. FERRARA, *op. cit.*, pp. 162-163.

²⁰⁵ C. FERRARA, *op. cit.*, p. 164.

²⁰⁶ Cfr. M. VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 64, ove l'Autore afferma che la scelta di non subordinare l'operatività degli strumenti di assistenza amministrativa alla volontà di collaborazione delle vittime si pone in controtendenza rispetto al contenuto della «direttiva 2004/81/CE del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di Paesi terzi vittime della tratta degli esseri umani o

Da ultimo, occorre rammentare che il contrasto al *trafficking in human beings* è stato perseguito non solo dalla “piccola Europa”, attraverso gli strumenti normativi appena descritti, ma anche dalla “grande Europa” che, a tale scopo, nel 2005 ha provveduto all’adozione della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani²⁰⁷. Quest’ultima contiene una definizione di tratta quasi speculare a quella elaborata in sede internazionale e unionale²⁰⁸, oltre che analoghi strumenti di contrasto di carattere sostanziale, processuale ed assistenziale, sebbene in una prospettiva più attenta al rispetto dei diritti umani e alla protezione delle vittime²⁰⁹.

3. I delitti contro la personalità individuale e la tratta di persone (art. 601 c.p.) nell’ordinamento interno

Nella sezione I del capo III del titolo XII, dedicata ai “Delitti contro la personalità individuale”, il codice penale tipizza una serie di delitti aventi come oggetto di tutela lo *status libertatis*, vale a dire non questa o quella forma di manifestazione della libertà individuale, bensì il complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale stato e che si risolvono in una reificazione *de jure* o *de facto* della persona²¹⁰. Le modifiche normative intervenute nel corso del tempo, però, hanno evidenziato che per la configurazione dei delitti in esame l’offesa alla libertà personale non ha carattere essenziale, dato che gli stati di “schiavitù” o di “servitù” descritti paiono compatibili con il residuo, in capo alla vittima, di una certa

coinvolti in un’azione di favoreggiamento dell’immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, [che] subordinava il rilascio di tale titolo di soggiorno alla collaborazione della persona offesa con la giustizia». Sul più ampio tema delle forme di collaborazione con la giustizia, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 143 ss.; AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, *passim*.

²⁰⁷ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, firmata a Varsavia il 16 maggio 2005 e resa esecutiva in Italia con la l. n. 108/2010.

²⁰⁸ Art. 4 Convenzione di Varsavia, rubricato “Definizioni”: «Ai fini della presente Convenzione: a) l’espressione “tratta di esseri umani” indica il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l’alloggio o l’accoglienza di persone, con la minaccia dell’uso o con l’uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l’inganno, con l’abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l’offerta o l’accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un’altra, a fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l’espianto di organi».

²⁰⁹ F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di “clandestinità” nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 260 ss.

²¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 280.

autonomia, così inducendo alcuni interpreti a spostare l'asse dell'oggettività giuridica di questi illeciti verso la libertà morale dell'individuo e verso la stessa dignità della persona²¹¹.

Ciò premesso, occorre rammentare che l'impostazione originaria del codice Rocco distingueva, da un lato, l'incriminazione delle situazioni di "schiavitù di diritto", riservata ai delitti previsti dagli artt. 600 ("Riduzione in schiavitù")²¹², 601 ("Tratta e commercio di schiavi")²¹³ e 602 c.p. ("Alienazione o acquisto di schiavi")²¹⁴ e, dall'altro l'incriminazione delle situazioni di "schiavitù di fatto", ricondotta, invece, alla fattispecie prevista dall'art. 603 c.p. ("Plagio"). Quest'ultima norma, tuttavia, è divenuta oggetto di una storica pronuncia demolitoria della Corte costituzionale che, con sentenza dell'8 giugno 1981, n. 96, ne ha rilevato il contrasto con il principio di determinatezza *ex art. 25, co. 2, Cost.*²¹⁵.

La dichiarata incostituzionalità dell'art. 603 c.p. ha così comportato una sensibile riespansione della portata applicativa dell'art. 600 c.p. che, da quel momento, ha cominciato a ricomprendere entro la propria sfera di operatività tutte quelle ipotesi in cui la condotta tipizzata comportava una reificazione fattuale – e non solo giuridica – dell'individuo.

²¹¹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, 8^a ed., Bologna, 2020, p. 180; F. VIGANÒ, sub art. 600 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, 4^a ed., Vicenza, 2015, pp. 187-188, ove si evidenzia che «generico e fuorviante deve, per contro, ritenersi il pur frequente riferimento alla reificazione della vittima: che è per un verso concetto vuoto di contenuto laddove si limiti ad esprimere l'ovvio concetto secondo cui la vittima sarebbe trattata come "cosa" e non come "persona" [...], e per altro verso invoca impropriamente la necessità che la persona venga fatta oggetto di commercio da parte del soggetto attivo: ciò che costituisce, invece, una mera eventualità, per nulla necessaria a costituire i delitti in parola». In senso conforme si attesta anche la più recente giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. V, sent. 16 maggio 2017 (dep. 19 settembre 2017), n. 42751, in *dejure.it*, nella quale si è sostenuto che «per integrare la condizione di schiavitù non è necessaria un'integrale negazione della libertà personale, ma è sufficiente una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa».

²¹² Il testo originario dell'art. 600 c.p. recitava: «Chiunque riduce una persona in schiavitù, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni».

²¹³ Il testo originario dell'art. 601 c.p. recitava: «Chiunque commetta tratta o comunque fa commercio di schiavi o di persone in condizione analoga alla schiavitù è punito con la reclusione da cinque a venti anni».

²¹⁴ Il testo originario dell'art. 602 c.p. recitava: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, aliena o cede una persona che si trova in stato di schiavitù o in una condizione analoga alla schiavitù, o se ne impossessa o ne fa acquisto o la mantiene nello stato di schiavitù, o nella condizione predetta, è punito con la reclusione da tre a dodici anni».

²¹⁵ Cfr. Corte cost., 9 aprile 1981 (dep. 8 giugno 1981), n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, p. 806 ss. Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, pp. 63-65.

Su tale assetto normativo, dietro la spinta degli obblighi di tutela promananti dalle fonti internazionali ed europee dianzi richiamate, è intervenuta dapprima la l. 11 agosto 2003, n. 228, e poi il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, novelle che hanno ridisegnato il “microcosmo” sanzionatorio divisato dagli artt. 600, 601 e 602 c.p. in un’ottica tesa ad ampliare l’ambito della tutela penale.

Muovendo dall’esame dell’art. 600 c.p.²¹⁶, vale rammentare che il richiamo originariamente contenuto nella norma allo “stato di schiavitù” e alla “condizione analoga alla schiavitù” aveva posto seri problemi di indeterminatezza della fattispecie e la mancanza di una definizione codicistica di questi concetti aveva spinto la giurisprudenza a ricavarli *per relationem* dagli elenchi definitivi contenuti nelle fonti internazionali²¹⁷.

Con l’intervento delle modifiche del 2003 e del 2014, il *deficit* di precisione della disposizione sembra essere stato ridimensionato, ma non ancora del tutto risolto, come dimostra l’attuale tenore letterale della norma che distingue due fattispecie autonome: la riduzione o il mantenimento in schiavitù e la riduzione o il mantenimento in servitù.

Nella prima delle due previsioni tipizzate la condotta punibile consiste nell’esercizio su di una persona di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà, cioè dei poteri di uso e disposizione propri del diritto dominicale sulle cose²¹⁸, dando spazio ad un concetto di “schiavitù” ancora troppo vago e agganciato

²¹⁶ L’art. 600 c.p. stabilisce che: «Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all’accontentamento o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona».

²¹⁷ A. CONFALONIERI, *Delitti contro la libertà personale*, in *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2011, p. 211, ove si mette in evidenza che «era pacifico il riconoscimento della funzione integrativa della norma penale svolta dalla Convenzione di Ginevra che, all’art. 1, fornisce un elenco delle “istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù”. Il problema riguardava, piuttosto, il carattere tassativo o meno dell’elencazione. La tesi che alla fine prevalse nella giurisprudenza di legittimità fu quella di non ritenere tassativa l’elencazione convenzionale». Su tale ricostruzione cfr. P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014, pp. 46-47, ove l’Autrice chiarisce che l’interpretazione più ampia è stata avallata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 20 novembre 1996, n. 261, la quale ha ritenuto sussistenti le “condizioni analoghe” a quelle della schiavitù ogniqualvolta fosse possibile verificare l’esplicazione d’una condotta cui era ricollegato l’effetto del totale asservimento.

²¹⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 288.

«più all’atteggiamento psicologico dell’agente – che vede la vittima come una “cosa” da utilizzare a proprio vantaggio – che a un dato oggettivo certo»²¹⁹.

Nella seconda fattispecie descritta, invece, il contegno incriminato si concretizza, in via alternativa, nel ridurre o nel mantenere una persona in uno stato di soggezione continuativa secondo una delle modalità espressamente contemplate dalla norma – violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di necessità, promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi²²⁰ – e, quindi, nel costringere la vittima a prestazioni lavorative o sessuali, ovvero all’accattonaggio o, comunque, al compimento di attività illecite o alla sottoposizione al prelievo di organi. Nel delitto di servitù, pertanto, l’evento è duplice in quanto, accanto alla riduzione o al mantenimento dello stato di soggezione continuativa della vittima, secondo una delle modalità descritte con metodo casistico, è necessaria anche la costrizione ad una delle prestazioni indicate nella norma²²¹.

Si tratta di delitti puniti a titolo di dolo generico, che richiedono nell’autore la rappresentazione e la volontà di tutti gli elementi della fattispecie.

L’assonanza tra gli elementi costitutivi appena descritti e la previsione di un’identica cornice edittale – rappresentata dalla reclusione da otto a venti anni – contribuiscono ad alimentare i dubbi circa l’individuazione di elementi distintivi tra le due previsioni: difatti, l’ipotetica funzione sussidiaria della servitù, se riferita ad ipotesi meno gravi, è confutata dalla coincidenza della pena; diversamente, se riferita ad ipotesi parimenti gravi ma differenti, pone il problema di individuare quali siano le condotte considerate, dal momento che la portata applicativa estremamente ampia

²¹⁹ Così A. VALSECCHI, *L’incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, 2^a ed., a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2016, p. 243.

²²⁰ F. URBAN, *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 127, ove si evidenzia che mentre «le definizioni di violenza, minaccia, inganno, inferiorità fisica o psichica, necessità, sono ricavabili da altre disposizioni del codice penale, più complicata è la descrizione della “situazione di vulnerabilità”, introdotta con la riforma del 2014, nell’intento di estendere la tutela penale nei confronti di ogni forma di strumentalizzazione della condizione di inferiorità della vittima. Seguendo una prospettiva “integrata” delle fonti, è possibile attribuire un senso a detta espressione ricorrendo alla definizione fatta propria dall’art. 2, §3, della direttiva 2011/36/UE, che concepisce la “vulnerabilità” come “una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all’abuso di cui è vittima”».

²²¹ Cfr. A. VALSECCHI, *L’incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, cit., p. 245-246; F. VIGANÒ, sub *art. 600 c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, cit., pp. 190-191.

del concetto di “schiavitù” rende difficile l’individuazione di un autonomo spazio applicativo per la fattispecie di “servitù”²²².

Correlato ai delitti di schiavitù e servitù appena considerati è l’art. 601 c.p.²²³ che reca la rubrica “Tratta di persone”, dove il termine “tratta” deriva dal latino *tractare*, ovvero «negoziare, fare oggetto di trattativa» oppure «trascinare, muovere o trasportare con violenza»²²⁴.

All’indomani degli interventi riformistici del 2003 e del 2014 sopra richiamati, la condotta incriminata da questa fattispecie, originariamente equivalente al “commettere tratta”, è stata specificata dal legislatore in due distinte previsioni.

In primo luogo è stato tipizzato il comportamento consistente nel reclutare, nell’introdurre nel territorio dello Stato, nel trasferire, nel trasportare, nel cedere l’autorità sulla persona o nell’ospitare una o più persone che si trovano nelle condizioni di schiavitù o di servitù²²⁵. In altri termini, la punizione, in questo primo periodo dell’art. 601, co. 1, c.p., ha ad oggetto condotte di “movimentazione” di persone che si trovano già in uno stato di schiavitù o servitù *ex art. 600 c.p.*

Il precedente stato di assoggettamento della vittima non è invece richiesto nella fattispecie tipizzata nel secondo periodo dell’art. 601, co. 1, c.p., nella quale l’agente realizza le medesime condotte descritte nella prima parte della norma su soggetti che si trovano in condizione di libertà, proprio al fine di realizzare i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù di cui all’art. 600 c.p.²²⁶.

Dai rilievi che precedono è agevole, dunque, desumere che il delitto di tratta non concorre con il delitto di schiavitù o di servitù, in nessuna delle due fattispecie

²²² P. SCEVI, *op. cit.*, p. 61.

²²³ L’art. 601, co. 1, c.p. stabilisce: «È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l’autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all’articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all’accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi».

²²⁴ Cfr. A. CONFALONIERI, *Delitti contro la libertà personale*, in *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 214.

²²⁵ Per un esame più analitico delle condotte incriminate cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 295.

²²⁶ Occorre rammentare che l’art. 601, co. 2, c.p. stabilisce che, con riferimento alla fattispecie di tratta diretta all’asservimento della persona di minore età, sono irrilevanti le modalità di realizzazione del fatto, di talché la condotta risulterà penalmente rilevante a prescindere dalla rispondenza a quelle tipizzate dalla norma.

considerate: nella prima, infatti, la realizzazione delle condotte di cui all'art. 600 c.p. costituisce un presupposto del fatto tipico; nella seconda, invece, l'eventuale realizzazione del delitto di schiavitù o servitù assurge sempre a *post factum* non punibile²²⁷.

L'elemento soggettivo si atteggia in maniera differente a seconda della fattispecie presa in considerazione: mentre per le ipotesi previste dal primo periodo il dolo è generico, nella tratta diretta all'asservimento descritta nel secondo periodo viene in rilievo, invece, un dolo specifico, in quanto la condotta dell'agente deve essere finalizzata alla consumazione del delitto di cui all'art. 600 c.p. Come evidenziato da attenta dottrina, peraltro, l'utilizzo dell'espressione "al fine di indurle o costringerle" sembra postulare, sul piano letterale, l'identità soggettiva tra colui che realizza le condotte della tratta e colui che realizzerà le condotte di sfruttamento, ciò che, in realtà, difficilmente si avvera nella prassi. Di conseguenza un'interpretazione volta a salvaguardare la *ratio* di tutela della norma e la sua conformità al quadro normativo sovranazionale impone di ritenere punibili anche quelle condotte di tratta totalmente sganciate dalle successive condotte di sfruttamento²²⁸.

Non può, da ultimo, trascurarsi di considerare l'incriminazione recata dall'art. 602 c.p.²²⁹ che punisce il fatto di chiunque acquista o aliena o cede una persona che si trova già in una condizione di schiavitù o di servitù al di fuori dei casi indicati nell'articolo 601 c.p. o, *rectius*, al di fuori dei casi indicati nella prima fattispecie descritta, dato che è solo quest'ultima, al pari dell'art. 602 c.p., a presupporre che la vittima già si trovi in uno degli stati descritti dall'art. 600 c.p. Per vero, nonostante la tipizzazione di una clausola di sussidiarietà, posta in apertura dell'art. 602 c.p., risulta estremamente problematico riconoscere un autonomo spazio applicativo a tale disposizione, dal momento che la compravendita di persona già "schiava" o già "asservita" sembra difficilmente configurabile al di fuori delle condotte di tratta. L'assunto, del resto, trova conferma a livello teleologico, in quanto l'identità della

²²⁷ P. SCEVI, *op. cit.*, p. 70.

²²⁸ F. VIGANÒ, sub art. 600 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, cit., p. 277.

²²⁹ L'art. 602 c.p. stabilisce: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni».

cornice edittale milita nel senso di una parità del disvalore sociale dei fatti che disorienta l'interprete nella ricerca di validi criteri discretivi²³⁰. In passato, peraltro, parte della dottrina aveva ritenuto che un elemento utile a contraddistinguere la fattispecie *de qua* fosse l'assenza di imprenditorialità nell'attività svolta, elemento, invece, presente nei fatti di tratta. Tale ricostruzione, tuttavia, non risulta più sostenibile alla luce dei più recenti interventi di riforma, in seguito ai quali è pacifico che l'applicazione dell'art. 601 c.p. riguardi anche le condotte che involgono una sola persona e che, pertanto, difettano certamente del carattere dell'imprenditorialità²³¹.

3.1. Segue. La tutela delle vittime di tratta e grave sfruttamento

A chiusura della sintetica disamina sulle fattispecie penali racchiuse negli artt. 600, 601 e 602 c.p., è necessario soffermarsi brevemente sui principali strumenti di tutela sociale apprestati dall'ordinamento in favore delle vittime della tratta. Per vero, sotto questo aspetto il legislatore italiano sembra aver anticipato le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali in quanto simili misure di sostegno risultavano contemplate – già prima del Protocollo del 2003 e della direttiva europea 2011/36/UE – dall'art. 18 T.U. imm. il quale, ancora oggi, consente alle persone straniere vittime di situazioni di grave sfruttamento di ottenere un titolo di soggiorno e di accedere a programmi di protezione e assistenza²³².

Più nello specifico, la disposizione anzidetta, in combinato disposto con l'art. 27 d.P.R. n. 394/1999, prevede il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno della durata di sei mesi per motivi di protezione sociale nei confronti degli stranieri che siano stati vittime di situazioni di violenza o di grave sfruttamento, quando ricorra un pericolo grave per la loro incolumità dovuto al tentativo di sottrarsi ai

²³⁰ In tal senso cfr. P. SCEVI, op. cit., p. 73; F. VIGANÒ, sub art. 600 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, cit., pp. 280-281.

²³¹ F. VIGANÒ, sub art. 600 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, cit., p. 276.

²³² Sul punto cfr. M. FERRERO, G. BARBARIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e di grave sfruttamento dopo l'attuazione della direttiva 2009/52/CE*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 91 ss.; P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, cit., p. 91 ss.; COMMISSIONE NAZIONALE PER IL DIRITTO D'ASILO, UNHRC, *Linee Guida elaborate nell'ambito del progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta"*, in *www.unhcr.it*, 30 novembre 2016, p. 1 ss.

condizionamenti di una associazione criminale o, in alternativa, alle dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale. Il titolo di soggiorno in esame, dunque, può essere riconosciuto non soltanto in seguito alla denuncia della vittima, ma anche in tutti quei casi in cui quest'ultima non possa o non voglia rivolgersi all'autorità giudiziaria. Si parla in tal senso di un "doppio binario" di accesso alla misura in quanto i presupposti da cui dipende il rilascio del permesso possono essere accertati indifferentemente o nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di procedimenti per delitti connessi alla prostituzione o altri gravi delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza ex art. 380 c.p.p. (c.d. "percorso giudiziario") oppure nel corso di interventi realizzati dai servizi sociali o da enti e associazioni non governative appositamente accreditate (c.d. "percorso sociale").

Accanto al rilascio del suddetto titolo, l'art. 18, co. 3-*bis*, T.U. imm. prevede la predisposizione di un programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale che garantisce, in via transitoria, adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria e, successivamente, il definitivo inserimento sociale dell'utente, anche attraverso il rinnovo o la conversione del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. Maggiore attenzione è dedicata ai minori stranieri non accompagnati, in favore dei quali devono essere predisposti specifici programmi di assistenza a psico-sociale, sanitaria e legale, e forme di sostegno di lungo periodo, valide anche oltre il compimento della maggiore età²³³.

Dalle disposizioni richiamate emerge, dunque, un meccanismo di protezione totalmente svincolato da una eventuale collaborazione della vittima all'interno della vicenda penale, così disconoscendo natura premiale al permesso di soggiorno di cui all'art. 18 T.U. imm. e, più in generale, all'intero "sistema anti-tratta" predisposto dall'ordinamento che viene, dunque, funzionalizzato alla sola esigenza di assicurare sul piano sociale immediata protezione allo straniero vittima di tratta²³⁴.

²³³ Art. 17 l. 7 aprile 2017, n. 47, recante "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati".

²³⁴ In tal senso cfr. P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, cit., p. 97-98; M. FERRERO, G. BARBARIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e di grave sfruttamento dopo l'attuazione della direttiva 2009/52/CE*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 96 ss., ove gli Autori affermano che questo istituto configura uno di quei trattamenti più favorevoli che gli Stati membri possono disporre conformemente a quanto previsto dall'art. 4 della direttiva 2004/81/CE e dalla successiva direttiva 2011/36/UE che, in materia di tratta, ha svincolato il rilascio di tale titolo di soggiorno alla collaborazione della persona offesa. Tale prospettiva, peraltro, corrisponde a quella adottata dalla

Non vanno, tuttavia, sottaciuti alcuni profili di criticità venuti in rilievo nella prassi, dalla quale è emerso come queste misure mostrino, da un lato, un raggio di applicazione assai limitato e, dall'altro, un *deficit* di efficacia in un'ottica di lungo periodo in quanto, con notevole frequenza, i programmi di sostegno attuati non riescono ad evitare che, alla conclusione del periodo di assistenza, le vittime tornino a ricadere in uno stato di vulnerabilità non dissimile da quello di partenza²³⁵.

4. Lo *smuggling of migrants* nel quadro normativo internazionale e la *facilitation of unauthorised entry* nel quadro normativo europeo

Un primo impegno assunto dalla comunità internazionale nella direzione della prevenzione e della repressione del contrabbando di migranti si registra nell'ambito di due accordi multilaterali dedicati alla tutela dei lavoratori migranti: l'art. 3 della Convenzione OIL del 1975²³⁶ e l'art. 68, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite del 1990 sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie²³⁷.

Ancora una volta, però, è solo la Convenzione di Palermo e, segnatamente, il secondo Protocollo addizionale dedicato allo *smuggling of migrants*²³⁸, ad approfondire la definizione e la disciplina del fenomeno con l'obiettivo dichiarato di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché di promuovere la cooperazione tra gli Stati aderenti, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino.

Convenzione di Varsavia che all'art. 14, par. 1, stabilisce che: «Ciascuna delle Parti rilascia un permesso di soggiorno rinnovabile alle vittime, in una delle due seguenti ipotesi o in entrambe: a. l'autorità competente considera che la loro permanenza sia necessaria in ragione della loro condizione personale; b. l'autorità competente considera che il loro soggiorno sia necessario in ragione della loro collaborazione con le autorità competenti ai fini dell'inchiesta o del procedimento penale».

²³⁵ V. MILITELLO, L. SIRACUSA, R. CRUPI, L. TUMMINELLO, B. MORELLO, R. OMODEI, S. ORLANDO, *Traffico di migranti e tratta di esseri umani. Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, Palermo, 2018, p. 79, ove, peraltro, viene posto in evidenza che i centri di assistenza forniscono supporto prevalentemente alle vittime dello sfruttamento sessuale, mentre risulta limitata l'assistenza in caso di sfruttamento lavorativo, anche a causa della maggiore clandestinità che caratterizza tale condizione.

²³⁶ *Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention*, firmata a Ginevra il 24 giugno 1975 e resa esecutiva in Italia con la l. 10 aprile 1981, n. 158.

²³⁷ *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, adottata con risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 45/158 del 18 dicembre 1990 e non sottoscritta dall'Italia.

²³⁸ *Supra*, Cap. II, par. 1.

A differenza di quanto stabilito nel Protocollo di Palermo sul *trafficking*, la protezione dei diritti dei soggetti “contrabbandati” non rientra tra gli obiettivi direttamente perseguiti dalla Convenzione, ma è comunque un profilo preso in considerazione rispetto alle modalità di realizzazione del contrasto allo *smuggling*²³⁹. In tal senso è sicuramente significativo l’indicazione contenuta nell’accordo a non considerare penalmente perseguibili, in virtù del Protocollo, i migranti trasportati, nonostante con la loro condotta concorrano alla realizzazione dell’ingresso illegale (art. 5, “*Criminal liability of migrants*”)²⁴⁰. Nella stessa direzione si pongono, peraltro, anche molte altre disposizioni di analogo tenore, tra le quali vale rammentare: l’art. 4 (“*Scope of application*”) che, specificando l’ambito di operatività del Protocollo, ne prevede l’applicazione ai reati che abbiano natura transnazionale e coinvolgano un gruppo criminale organizzato, «nonché alla protezione dei diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino»; l’art. 14, par. 2 (“*Training and technical cooperation*”), che impone di garantire al personale impegnato sul territorio una formazione adeguata a fronteggiare le condotte incriminate e a «tutelare i diritti dei migranti che sono stati oggetto di tali condotte»; da ultimo, l’art. 16 (“*Protection and assistance measures*”), il quale prevede che ciascuno Stato firmatario adotti misure adeguate a preservare e a tutelare i diritti delle persone oggetto delle condotte di contrabbando riconosciuti dal diritto internazionale e, in particolare, il diritto alla vita e il diritto a non essere sottoposto a tortura o ad altro trattamento inumano o degradante.

Tanto chiarito, occorre soffermare l’attenzione sugli obblighi di tutela e di cooperazione scaturenti dal Protocollo partendo dalla definizione di *smuggling of migrants* ivi contenuta, la quale allude all’organizzazione dell’ingresso illegale di una o più persone in uno Stato di cui non si abbia la cittadinanza o la residenza a titolo permanente al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un beneficio economico o materiale²⁴¹.

²³⁹ G. PALMISANO, *op. cit.*, p. 105.

²⁴⁰ Article 5, intitolato “*Criminal liability of migrants*”, secondo cui «*Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol*».

²⁴¹ Article 3, par. a, secondo cui «“*Smuggling of migrants*” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident».

A fronte di tali condotte, il Protocollo stabilisce innanzitutto l'obbligo per gli Stati aderenti di predisporre nel proprio ordinamento adeguate norme incriminatrici, tali da ricomprendere «le attività sia di organizzazione, sia di esecuzione del traffico di migranti, nonché le principali attività ausiliarie alla realizzazione del traffico (quali, ad esempio, la fabbricazione, la fornitura e il possesso di documenti falsificati di viaggio o d'identità)»²⁴².

Accanto ai profili più strettamente penalistici, l'articolato stabilisce e precisa i doveri di cooperazione nella prevenzione e nella repressione del traffico di migranti incombenti sugli Stati. Tra questi assumono rilievo primario: l'obbligo di circolazione delle informazioni (art. 10, "*Information*"); gli obblighi di controllo delle attività dei c.d. "vettori commerciali" (art. 11, "*Border measures*"); gli obblighi di garanzia circa la sicurezza e la non contraffazione dei documenti di viaggio e d'identità (art. 12, "*Security and control of documents*")²⁴³.

Volgendo lo sguardo al contesto normativo europeo, è significativo rilevare come in questo diverso ambito del diritto sovranazionale una prima forma di incriminazione dello *smuggling* fosse già presente all'interno della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990²⁴⁴, la quale all'art. 27 impegnava le Parti contraenti a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione relativa all'ingresso e al soggiorno²⁴⁵. Si trattava, in effetti, di una previsione normativa coerente con il contesto storico di riferimento nel quale la recente caduta del muro di Berlino era percepita dagli Stati europei come una minaccia alla sicurezza dei propri confini.

²⁴² G. PALMISANO, *op. cit.*, p. 105.

²⁴³ G. PALMISANO, *op. cit.*, p. 106.

²⁴⁴ Accordo di adesione della Repubblica italiana alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen il 19 giugno 1990, reso esecutivo in Italia con la l. 30 settembre 1993, n. 388.

²⁴⁵ *Article 27* secondo cui: «*The Contracting Parties undertake to impose appropriate penalties on any person who, for financial gain, assists or tries to assist an alien to enter or reside within the territory of one of the Contracting Parties in breach of that Contracting Party's laws on the entry and residence of aliens*».

Gli strumenti normativi elaborati in sede europea si affineranno, poi, nel corso del tempo, soprattutto con l'adozione della direttiva 2002/90/CE²⁴⁶ e della decisione quadro 2002/946/GAI²⁴⁷, provvedimenti meglio noti come “*Facilitators’ package*”²⁴⁸ che, per vero, porteranno allo sviluppo di una disciplina con numerosi profili di eccentricità rispetto al quadro normativo venutosi a delineare fino a quel momento a livello internazionale.

Muovendo dall'esame delle condotte oggetto dell'obbligo indiretto di penalizzazione, occorre rilevare come la direttiva del 2002 abbia imposto a ciascuno Stato membro l'adozione di sanzioni effettive, proporzionate, dissuasive nei confronti di: a) chiunque intenzionalmente aiuti una persona non cittadina di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato in materia; b) chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona non cittadina di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della stessa legislazione. Allo stesso tempo, peraltro, il legislatore europeo riconosce la facoltà di introdurre cause di esclusione della punibilità per le suddette condotte qualora siano state realizzate per scopi umanitari²⁴⁹.

A fronte di tali previsioni, la decisione quadro “gemella” si è occupata dei relativi profili sanzionatori e ha stabilito, per gli illeciti perpetrati a scopo di lucro, la comminazione di pene privative della libertà, con un massimo edittale non inferiore a

²⁴⁶ Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

²⁴⁷ Council framework Decision of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence.

²⁴⁸ Cfr. S. CARRERA, V. MITSILEGAS, J. ALLSOPP, L. VOSYLIŪTĖ, *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Oxford, 2019, p. 15 ss.; S. CARRERA, E. GUILD, A. ALIVERTI, J. ALLSOPP, M.G. MANIERI, M. LEVOY, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants. Study Commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the Request of the LIBE Committee*, 2016, p. 13 ss.; J. ALLSOPP, M.G. MANIERI, *The EU Anti-smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, in *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings. Policy dilemma in the EU*, edited by S. Carrera and E. Guild, Brussels, 2016, p. 81 ss.

²⁴⁹ Art. 1, par. 2, direttiva 2002/90/CE, secondo cui: «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».

otto anni per i fatti commessi da un'organizzazione criminale o realizzati mettendo in pericolo la vita delle vittime²⁵⁰.

Già ad una prima lettura emergono alcune significative differenze rispetto alla disciplina del fenomeno approntata dal Protocollo di Palermo del 2004.

In primo luogo, è singolare la scelta di duplicare l'incriminazione del contrabbando di migranti ponendo tale condotta a prescindere dalla ricorrenza o meno di uno scopo di profitto, laddove, invece, la previsione incriminatrice di matrice convenzionale include necessariamente il fine lucrativo tra i propri elementi costitutivi. Tale scelta incide sul nucleo dell'offesa che, in quanto sganciata da una prospettiva di guadagno per l'agente, si sposta verso l'interesse statale al controllo dei propri confini²⁵¹.

Significative sono, altresì, alcune differenze linguistiche che interessano sia la rubrica delle fonti sovranazionali, che il corpo del testo delle disposizioni che impongono obblighi di tutela. Il documento di Palermo infatti è intitolato "*Protocol against the smuggling of migrants*" e la condotta incriminata si identifica nel «*procurement [...] of the illegal entry of a person into a State Party*», ovvero nell'atto di procurare l'ingresso illegale. La direttiva europea, invece, reca "*Facilitation of unauthorised entry*" e punisce il comportamento di chi «*assists a person [...] to enter, or transit across, the territory of a Member State*», ovvero di chi aiuta intenzionalmente taluno a entrare o transitare nel territorio di uno Stato membro. In altri termini, nelle fonti europee, da un lato, non si fa mai menzione del fenomeno dello *smuggling*, ma si parla, più diffusamente, di favoreggiamento dell'ingresso irregolare; dall'altro, la condotta oggetto di incriminazione indiretta si incentra sull'aiuto prestato in favore di un soggetto per eludere le disposizioni di ingresso e soggiorno di uno Stato membro e ciò induce a ritenere che «il legislatore europeo non escluda la possibilità di anticipare la soglia della punibilità anche alle forme di agevolazione che non abbiano raggiunto il risultato prefissato di cagionare

²⁵⁰ V. MAISTO, *L'immigrazione clandestina*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, cit., p. 325.

²⁵¹ Cfr. J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 111 ss.

l'entrata illecita del migrante, purché astrattamente idonee a realizzarlo»²⁵². Queste diverse scelte lessicali sono, quindi, indicative di un diverso approccio adottato dall'Unione europea nella disciplina del fenomeno: l'angolo visuale di partenza, infatti, non è più quello del soggetto contrabbandato, ma quello dello Stato di cui si violano le disposizioni in materia di ingresso e soggiorno, con un'attenzione più marcata ai confini di quest'ultimo piuttosto che ai diritti del primo.

Del resto, un'ulteriore conferma della differente impostazione normativa adottata in sede eurounitaria si trae dall'esame delle disposizioni dedicate alla tutela dei soggetti "contrabbandati". Difatti, come già evidenziato, nella Convenzione di Palermo si rinvencono molteplici norme che impongono la considerazione dei diritti dei migranti, tra le quali – oltre al Preambolo – gli artt. 2, 4, 14, co. 2, e 16 del Protocollo. Un simile riferimento, di contro, risulta del tutto assente nella direttiva, mentre nella decisione quadro è limitato alla previsione, contenuta all'art. 6, secondo cui l'applicazione del provvedimento non può pregiudicare gli *status* di protezione legale riconosciuti ai rifugiati e ai richiedenti asilo sulla base del diritto internazionale²⁵³. In definitiva, le fonti internazionali, anche se non considerano espressamente i soggetti contrabbandati come vittime del reato di *smuggling*, comunque riconoscono loro una serie di garanzie, ciò che invece non è dato riscontrare negli atti normativi europei che si limitano a prevedere un obbligo di non interferenza con la disciplina internazionale in materia di *ius migrandi*²⁵⁴.

²⁵² V. MILITELLO, L. SIRACUSA, R. CRUPI, L. TUMMINELLO, B. MORELLO, R. OMODEI, S. ORLANDO, *Traffico di migranti e tratta di esseri umani. Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, cit., p. 21.

²⁵³ Article 6, intitolato "International law on refugees", secondo cui: «This framework Decision shall apply without prejudice to the protection afforded refugees and asylum seekers in accordance with international law on refugees or other international instruments relating to human rights, in particular Member States' compliance with their international obligations pursuant to Articles 31 and 33 of the 1951 Convention relating to the status of refugees, as amended by the Protocol of New York of 1967».

²⁵⁴ In tal senso Cfr. V. MITSILEGAS, *The criminalisation of human smuggling as preventive justice*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2018, p. 17, ove l'Autore evidenzia che «the UN approach to human smuggling, as it emerges from the UN Protocol against Smuggling (UNPS), is considerably different from that of the EU. Even though it does not formally qualify smuggled migrants as victims, the protection of their rights is among the Protocol's main concerns». Analogamente v. A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation*, in *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings. Policy dilemma in the EU*, cit., p. 33 ss., in cui l'Autore sottolinea che, a differenza dell'approccio adottato dalla Convenzione di Palermo, l'approccio europeo «aims at preventing entry into EU territory and targets not only the smugglers but also the smuggled».

Per vero, l'adesione da parte dell'Unione europea a questa più rigorosa prospettiva sembra essere stata messa in discussione in alcune recenti dichiarazioni programmatiche in materia di contrasto all'immigrazione irregolare, quali il Piano d'azione dell'Unione europea contro il traffico di migranti del 27 maggio 2015²⁵⁵ e, ancor più di recente, il nuovo “Patto su migrazione e asilo” presentato dalla Commissione il 23 settembre 2020²⁵⁶. Nella lettura di questi documenti, infatti, saltano all'occhio numerose enunciazioni di principio nelle quali si invoca il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, ma ciò che si cela dietro quelli che sembrano dei veri e propri proclami di facciata è, ancora una volta, l'implementazione della lotta all'immigrazione irregolare – anche attraverso discutibili forme di cooperazione con Paesi terzi –, il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, la velocizzazione delle procedure per il rimpatrio, tutte misure che si pongono in attuazione di politiche migratorie di tipo restrittivo, funzionali solo ad esigenze di rassicurazione simbolica e molto poco attente alla tutela dei diritti dei migranti coinvolti²⁵⁷.

5. Il favoreggiamento delle migrazioni irregolari (art. 12 T.U. imm.) nell'ordinamento interno

Proprio l'approccio europeo da ultimo evidenziato sembra aver ampiamente influenzato il legislatore italiano nell'adeguamento della normativa interna alle fonti sovranazionali in materia di traffico di migranti.

Un primo intervento normativo attuativo degli obblighi di tutela promananti dal diritto internazionale è rappresentato dall'art. 12, co. 1, l. 30 dicembre 1986, n. 943 (c.d. “legge Foschi”), che, in attuazione della Convenzione dell'Organizzazione

²⁵⁵ Cfr. COM/2015/0285 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015 - 2020), Bruxelles, 27 maggio 2015.

²⁵⁶ Cfr. COM/2020/0609 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, Bruxelles, 23 settembre 2020. I profili di criticità del documento sono stati ben evidenziati dall'ASGI, *Patto europeo: Questa non è solidarietà, cresce solo l'accento sui rimpatri*, in www.asgi.it, 25 settembre 2020.

²⁵⁷ In senso critico verso la politica europea in materia di immigrazione cfr. A. TOMASELLI, *Sicurezza ed immigrazione nell'UE: profili di diritto europeo e riflessioni critiche*, in *Cross Border Journal for International Studies*, vol. 2(1), 2017, p. 81 ss.

Internazionale del Lavoro del 1975²⁵⁸, ha formalizzato la fattispecie del traffico transfrontaliero dei lavoratori migranti. Più nello specifico, tale previsione andava ad incriminare la condotta di chi realizzava, in violazione della suddetta legge, attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti ai fini dell'occupazione in provenienza, o a destinazione del proprio territorio o in transito attraverso lo stesso.

Tale norma, tuttavia, ebbe ricadute applicative minime sia per il richiamo ai soli migranti "lavoratori", sia per lo specifico riferimento alla violazione della stessa legge n. 943/1986, con la conseguenza di ritenere irrilevanti dal punto di vista penalistico le condotte contrastanti con le altre previsioni normative sulla condizione giuridica dello straniero e, in particolare, con la disciplina dell'ingresso e del soggiorno.

Più ampio respiro ha assunto l'art. 3, co. 6 (divenuto, poi, comma 8 in sede di conversione), del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, conv. con modif. dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. "legge Martelli")²⁵⁹, che sanzionava la condotta di chiunque poneva in essere «attività dirette a favorire l'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto». In sostanza, si puniva un comportamento di agevolazione rivolto alla realizzazione di un fatto in sé penalmente irrilevante, dato che l'ingresso *contra ius* all'epoca rivestiva ancora la natura giuridica di mero illecito amministrativo²⁶⁰. Senonché, nonostante la sua più ampia portata applicativa, anche tale intervento normativo non riuscì a soddisfare tutti gli ampi obblighi di tutela assunti dall'Italia attraverso la sottoscrizione dell'accordo di Schengen, nel quale, infatti, si richiedeva l'adozione di sanzioni adeguate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare uno straniero non solo a fare ingresso, ma anche a soggiornare nel territorio italiano.

Tale lacuna è stata colmata con la l. 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. "legge Turco-Napolitano") che all'art. 10 riproduceva la fattispecie di favoreggiamento illegale di cui all'art. 3, co. 8, d.l. n. 416/1989 e ad essa aggiungeva l'incriminazione della condotta di favoreggiamento della permanenza illegale, prevedendo, allo stesso tempo, un complessivo inasprimento sanzionatorio sia mediante l'innalzamento delle

²⁵⁸ Cfr. *Supra*, Cap. I, par. 2.

²⁵⁹ Cfr. *Supra*, Cap. I, par. 2.

²⁶⁰ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 38.

cornici edittali, che attraverso l'introduzione di due distinti gruppi di circostanze aggravanti ad effetto speciale²⁶¹: in quelle del primo gruppo erano ricomprese lo scopo di lucro, il numero di concorrenti, il numero degli stranieri agevolati nell'ingresso e alcune particolari modalità di realizzazione della condotta; quelle del secondo gruppo, invece, riguardavano l'ingresso di minori per impiego in attività illecite e fini di sfruttamento o la destinazione dei migranti alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione.

Tale previsione è stata inglobata nell'attuale art. 12 T.U. imm., disposizione che ancora oggi presenta una significativa complessità strutturale derivante dalle numerose e confuse interpolazioni normative che si sono succedute nel tempo fino ai giorni nostri²⁶².

In tal senso, un primo rilevante intervento di modifica si è registrato per effetto della l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. "legge Bossi-Fini"), che, da un lato, ha modificato la definizione della condotta incriminata da «attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri» ad «atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero»²⁶³ e, dall'altro, ha esteso l'incriminazione *de qua* ai fatti commessi a danno di Paesi terzi, così introducendo la fattispecie di favoreggiamento dell'emigrazione illegale. Quanto al sistema delle circostanze, la novella del 2002, nell'ottica di impedire il bilanciamento *ex art. 69, co. 3, c.p. e*, dunque, di inasprire il trattamento sanzionatorio, ha trasformato il primo gruppo di circostanze aggravanti ad effetto speciale in figure autonome di reato²⁶⁴.

Su tale assetto normativo sono intervenuti i "pacchetti-sicurezza" del 2008 e del 2009²⁶⁵ i quali hanno apportato all'art. 12 T.U. imm. «una serie di modifiche riconducibili ad un'ispirazione orientata, per un verso, ad accentuare il già notevole

²⁶¹ Occorre evidenziare come l'art. 42 l. n. 40/1998 rubricato "Abrogazioni" abbia espressamente espunto dall'ordinamento sia la fattispecie delittuosa di cui all'art. 12 l. n. 943/1986, sia gli articoli 2 ss. del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, conv. con modif. dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39.

²⁶² In questo senso M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 35 ss.

²⁶³ Cfr. S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. *immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2675, in cui si evidenzia che tale espressione porta a definire il delitto di favoreggiamento come «un reato a consumazione anticipata, avente natura di reato di pericolo concreto, che si perfeziona con il compimento degli atti diretti a procurare l'ingresso illegale dello straniero, a condizione che gli stessi risultino idonei e diretti in modo non equivoco a tale scopo, ed a prescindere dal fatto che l'ingresso si sia poi effettivamente verificato».

²⁶⁴ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 41.

²⁶⁵ *Supra*, Cap. I, par. 2.

rigorismo della disciplina e, per altro verso, ad allontanare il baricentro dell'intervento penalistico dalla repressione dei fenomeni di *smuggling*²⁶⁶.

Rispetto al primo pacchetto sicurezza, vale rammentare l'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice del c.d. "favoreggiamento abitativo" (comma 5-*bis*), nella quale la condotta incriminata consiste nel dare alloggio o cedere a titolo oneroso un immobile ad uno straniero irregolare²⁶⁷.

Quanto, infine, al pacchetto sicurezza del 2009²⁶⁸, esso ha tentato di specificare in senso tassativizzante le condotte proprie del favoreggiamento, individuandole nel comportamento di chi promuove, dirige, organizza, finanzia o trasporta stranieri o, comunque, realizza «altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato o di altro Stato», ponendo a chiusura della norma una clausola estremamente ampia che vale a confermare la natura di delitto a consumazione anticipata dell'art. 12 T.U. imm. La medesima novella, peraltro, ha inciso sul favoreggiamento realizzato con fine di profitto, previsione che viene espunta dalle fattispecie autonome tipizzate al terzo comma e trasferita tra le circostanze aggravanti di cui al comma 3-*ter*, lett. b.

In definitiva, all'indomani della novella del 2009, viene in rilievo una disposizione con una struttura particolarmente complessa che, con riferimento alle fattispecie penalmente rilevanti, può essere semplificata nei termini che seguono²⁶⁹.

Al primo comma risultano formalizzate le fattispecie autonome del favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione irregolare, a consumazione anticipata e a dolo generico.

Al terzo comma vengono, invece, in rilievo delle previsioni che presentano degli elementi specializzanti rispetto al primo comma – numero di soggetti agevolati, numero di favoreggiatori e particolari modalità di realizzazione della condotta (messa in pericolo della vita o dell'incolumità dei trasportati, sottoposizione a

²⁶⁶ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 42.

²⁶⁷ P. PISA, *Favoreggiamento, sfruttamento e illecita utilizzazione di immigrati irregolari*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 267, over l'Autore sottolinea come «in sede di conversione del decreto legge sia stato introdotto nella disposizione il dolo specifico dell'ingiusto profitto, proprio al fine di escludere dal raggio di applicazione della norma le ipotesi di ospitalità prestata ad una badante o di attività assistenziale svolta da associazioni non lucrative»

²⁶⁸ Cfr. A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 19 ss.

²⁶⁹ In termini analoghi cfr. M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 170.

trattamenti inumani e degradanti, disponibilità di armi o sostanze esplosive) – e che, secondo i più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità²⁷⁰, andrebbero qualificate non come fattispecie autonome di reato, ma come semplici circostanze aggravanti. Hanno, invece, certamente natura circostanziata le due ulteriori ipotesi di favoreggiamento previste dal comma 3-ter, che si caratterizzano o per il fine di realizzare forme di sfruttamento o per lo scopo di conseguire un profitto, anche indiretto.

Da ultimo, nei commi 5 e 5-bis sono stati tipizzati, rispettivamente, il favoreggiamento della permanenza irregolare ed il c.d. “favoreggiamento abitativo”²⁷¹ i quali, a differenza delle fattispecie contemplate al primo comma, configurano delitti a dolo specifico.

Le continue modifiche normative operate sul testo della norma rendono poco chiare le linee di politica criminale seguite dal legislatore. Si potrebbe pensare che alle scelte di inasprimento sanzionatorio e di ampliamento dell’ambito di applicazione delle fattispecie in esame corrisponda un giudizio normativo particolarmente severo rispetto al disvalore espresso dai fatti di favoreggiamento, giudizio dal quale resterebbero, però, escluse le condotte dei migranti agevolati. In quest’ottica, la criminalizzazione indiretta dei flussi migratori operata con i delitti di favoreggiamento non solo non avrebbe nulla a che vedere con la criminalizzazione diretta dell’immigrazione irregolare, ma anzi risponderebbe ad una *ratio* del tutto opposta, volta a colpire le condotte di sfruttamento dei trafficanti perpetrate in danno dei migranti²⁷².

In realtà, ad una più attenta analisi, è possibile ritenere che i due profili risultino funzionalmente collegati. La criminalizzazione indiretta delle migrazioni si pone, infatti, in perfetta linea di continuità con le scelte di politica legislativa sottese alla criminalizzazione diretta delle migrazioni e, anzi, funge da suo logico e coerente completamento in un quadro normativo che denota un progressivo allontanamento da

²⁷⁰ Cass., Sez. Un., sent. 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40982. Cfr. F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell’immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 484 ss.

²⁷¹ Per un esame più dettagliato delle fattispecie *infra*, Cap. III, par. 7 e 8.

²⁷² M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 169.

forme di criminalizzazione diretta, in favore di modelli indiretti di criminalizzazione delle migrazioni²⁷³.

6. La sottile linea di confine tra la tratta di persone e il favoreggiamento delle migrazioni irregolari

La trasposizione interna delle fattispecie di tratta di persone (art. 601 c.p.) e di favoreggiamento delle migrazioni irregolari (art. 12 T.U. imm.) ha posto e continua a porre non semplici problemi di coordinamento tra norme.

La formalizzazione normativa, sulla falsariga delle disposizioni convenzionali ed europee, sembra aver optato per una netta distinzione tra queste previsioni incriminatrici, generalmente colta dagli interpreti almeno sotto tre distinti profili.

In primo luogo viene in rilievo il ruolo ricoperto dal migrante nella realizzazione del progetto migratorio, aspetto strettamente legato all'oggetto giuridico tutelato. Come già anticipato²⁷⁴, nella tratta i soggetti trafficati non prestano il proprio consenso al viaggio e assurgono a veri e propri soggetti passivi del fatto criminoso, il cui disvalore si incentra prevalentemente sulla finalità di sfruttamento delle vittime, lesiva della libertà e della dignità della persona. Viceversa, nel favoreggiamento i destinatari dell'agevolazione non solo prestano il proprio consenso alla migrazione, ma di regola sono essi stessi a rivolgersi ai trafficanti per realizzare l'ingresso irregolare in un certo territorio. In questo caso, pertanto, i soggetti favoriti, pur rappresentando degli elementi necessari per integrare le condotte vietate²⁷⁵, restano totalmente estranei al fuoco dell'offesa penalmente rilevante che, colpisce, piuttosto, l'interesse statale al controllo delle frontiere²⁷⁶.

Accanto al consenso dei soggetti coinvolti nel traffico internazionale di persone e, dunque, agli interessi protetti dalle relative fattispecie, ulteriori profili di differenza tra le figure criminose in esame sono il carattere transnazionale dell'illecito e la

²⁷³ *Infra*, Cap. III, par. 11 ss.

²⁷⁴ *Supra*, Cap. II, par. 1.

²⁷⁵ A tal riguardo, v. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 105 ss., ove l'Autore evidenzia che nell'ambito dei reati in materia di immigrazione «l'immigrato non è mai soggetto passivo (necessario) delle norme in materia, ed è invece sempre o oggetto materiale, oppure autore».

²⁷⁶ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, cit., p. 99.

temporaneità del rapporto instaurato tra il migrante e il soggetto attivo del reato. Rispetto al primo criterio, si è soliti affermare che la tratta di persone ha carattere solo eventualmente transnazionale, dato che sembra senz'altro ammissibile anche la sua configurazione in termini puramente "interni" qualora, ad esempio, il trasferimento delle vittime avvenga nell'ambito del territorio di uno stesso Stato o di Stati dell'Unione europea²⁷⁷. Viceversa, il favoreggiamento presenta una dimensione necessariamente transnazionale e, in particolare, extra-europea, dato che il Testo Unico in materia di immigrazione estende il proprio ambito di applicazione ai soli cittadini di Paesi non aderenti all'Unione europea²⁷⁸.

Da ultimo, si evidenzia che, di regola, nella tratta il rapporto tra sfruttatore e soggetto trafficato non ha una durata prestabilita e solitamente essa tende a protrarsi nel tempo in quanto, una volta giunte nel Paese di destinazione, le vittime diventano oggetto di attività di sfruttamento che generano proventi illeciti. Diversamente, nella fattispecie descritta dall'art. 12 T.U. imm. il rapporto tra il favoreggiatore e il soggetto agevolato normalmente si esaurisce entro il tempo strettamente necessario a realizzare lo spostamento irregolare e, almeno nel modello di incriminazione adottato nel sistema italiano, senza che sia necessario l'accertamento di un provento illecito.

Così delineati in astratto i principali profili di differenza intercorrenti tra le fattispecie di tratta e quelle di favoreggiamento, mette conto, però, rilevare come esse tendano spesso a sovrapporsi sotto il profilo fenomenologico. Di frequente, infatti, le condotte di favoreggiamento finiscono con l'assumere le forme tipiche della tratta di persone, e, con altrettanta regolarità, il consenso prestato per la realizzazione del progetto migratorio presenta margini di eterodeterminazione talmente ampi da dover escludere la ricorrenza di un effettivo atto di volontà.

Rispetto alla prima ipotesi, nella prassi criminale sono tutt'altro che rari i casi in cui i soggetti interessati a raggiungere illegalmente un determinato Paese si rivolgono spontaneamente agli organizzatori del viaggio per poi divenire durante o dopo la traversata vittime di condotte violente, minatorie o fraudolente con finalità di

²⁷⁷ Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 106; C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta di esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 86.

²⁷⁸ M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 106.

sfruttamento. In particolare, «l'estrema e, in certi casi, invincibile necessità di emigrare, ricorrendo al canale illegale del contrabbando di migranti senza disporre di risorse finanziarie per pagare il "servizio" corrisposto dalle organizzazioni di contrabbando, spinge quantità di disperati a piegarsi a condizioni vessatorie di sfruttamento, o a trovarsi progressivamente sottoposti a forme di coercizione fisica e psicologica, esercitata a fini di sfruttamento da tali organizzazioni»²⁷⁹.

Con riferimento, invece, alla debolezza del consenso prestato dai soggetti favoriti, occorre evidenziare che «è quantomeno dubbio che le condizioni sociali e personali da cui il migrante si allontana possano essere considerate irrilevanti rispetto alla volontarietà della sua decisione, costituendo piuttosto una pressione motivazionale di tale forza ed urgenza da rendere artificiosa una valutazione della azione quale frutto di una libera scelta. [...]. La particolare condizione di debolezza del migrante, anche solo di tipo economico, avvicina molto il suo rapporto con l'organizzazione che lo trasporta in un altro paese con quella situazione di sfruttamento che è al centro delle situazioni di tratta»²⁸⁰.

Per vero, anche a livello normativo, nonostante la contrapposizione dicotomica tra tratta e favoreggiamento, la contiguità tra queste fattispecie viene in rilievo a fronte della previsione di alcune circostanze aggravanti, come quelle individuate dall'art. 12, co. 3-ter, T.U. imm., che puniscono più gravemente il favoreggiamento se 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», oppure sono realizzati «al fine di trarne profitto».

In particolare, in questi casi il favoreggiamento aggravato sembra sovrapporsi con le condotte di tratta tipizzate nel secondo periodo dell'art. 601 c.p. che consistono nel reclutare, nell'introdurre nel territorio dello Stato, nel trasferire, nel trasportare una o più persone che si trovano in condizione di libertà, mediante modalità violente, minatorie o fraudolente, al fine di realizzare i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù di cui all'art. 600 c.p. In sostanza, tanto nell'art. 12, co. 3-ter, T.U. imm., quanto nell'art. 601 c.p., può venire in rilievo una condotta

²⁷⁹ G. PALMISANO, *op. cit.*, pp. 102-103.

²⁸⁰ V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, cit., p. 104.

di “trasferimento” verso un certo territorio, che riguarda stranieri in stato di libertà e che viene realizzata con una finalità di sfruttamento. Solo nella tratta, però, il comportamento incriminato si realizza con modalità tali da far presumere l’assenza di consenso al viaggio da parte del trafficato, ciò che invece, di regola sussiste nel favoreggiamento.

La sovrapposizione, peraltro, è ancora più marcata in tutte quelle condotte di “introduzione” o di “trasporto” di stranieri minori realizzate con finalità di sfruttamento, dal momento che in queste ipotesi è lo stesso legislatore a stabilire, all’art. 601, co. 2, c.p., che la tratta si configura a prescindere dalle modalità di realizzazione della condotta illecita.

In definitiva, le interferenze fenomenologiche tra le fattispecie in esame sembrano trovare conferma in corrispondenti previsioni di carattere normativo a fronte delle quali il tradizionale criterio distintivo fondato sulla ricorrenza del consenso del migrante pare assai debole e reca con sé il rischio di portare all’applicazione dell’art. 12 T.U. imm., in luogo dell’art. 601 c.p., in ragione della semplice assenza formale di condotte *lato sensu* “costrittive” idonee a conculcare la volontà del migrante.

La ricerca di un più affidabile criterio distintivo, tuttavia, sembra essenziale non solo in considerazione dell’assoluta eterogeneità degli oggetti giuridici tutelati dalle rispettive norme incriminatrici, ma anche per le differenze che sul piano pratico conseguono all’applicazione dell’una o dell’altra fattispecie. Difatti, rispetto al soggetto attivo del reato si profila la comminazione di pene significativamente diverse²⁸¹, mentre, con riferimento alla posizione del migrante, giova rammentare che solo la “tratta di persone” da un lato esclude la contestazione della contravvenzione di cui all’art. 10-*bis* T.U. imm. e, dall’altro, assicura un più agevole accesso alle misure di assistenza *ex art.* 18 T.U. imm.²⁸².

²⁸¹ A tal riguardo giova rammentare che l’art. 601 c.p. è sanzionato con la pena della reclusione da otto a venti anni, mentre per il favoreggiamento aggravato di cui all’art. 12, co. 3-*ter*, T.U. imm. il legislatore prevede che la cornice edittale del primo comma – ovvero la reclusione da uno a cinque anni – sia aumentata da un terzo alla metà, di talché in quest’ultimo caso la pena, anche quando aumentata nella sua massima misura, resta comunque al di sotto del minimo edittale comminato per la tratta.

²⁸² Sul punto cfr. C. STOPPIONI, *Tratta, sfruttamento e smuggling: un’ipotesi di finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in *Leg. pen.*, 24 gennaio 2019, p. 1 ss., ove l’Autrice, con riferimento ad un’ipotesi di favoreggiamento accompagnato da episodi di sfruttamento lavorativo evidenzia come, prima della novella del 2016, l’art. 603-*bis* c.p. non rientrava tra i delitti richiamati

Dinanzi a tali criticità, la dottrina e la giurisprudenza hanno, quindi, focalizzato l'attenzione sulla clausola di sussidiarietà relativamente determinata posta in apertura dell'art. 12, co. 1 e co. 3, T.U. imm. («salvo che il fatto costituisca più grave reato»). In particolare, secondo un primo orientamento, in questi casi, il rapporto tra l'art. 12 T.U. imm. e l'art. 601 c.p. dovrebbe essere risolto alla luce del principio di assorbimento e, dunque, a favore dell'applicazione del solo delitto di tratta²⁸³. Tale impostazione, in particolare, sul piano letterale valorizza l'anzidetta clausola di riserva che, altrimenti, troverebbe difficilmente applicazione; sul piano teleologico, invece, attende ad più ampia tutela dei soggetti coinvolti nel traffico, «facendo quindi prevalere il profilo del migrante come vittima piuttosto che come oggetto materiale di reati posti a tutela dei flussi migratori»²⁸⁴.

Di recente, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha aderito ad una diversa soluzione ermeneutica²⁸⁵. In particolare, la Cassazione ha rilevato che nella previsione di cui all'art. 12 T.U. imm. la clausola «salvo che il fatto costituisca più grave reato» presuppone, affinché il meccanismo dell'assorbimento sia operativo, che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse giuridico tutelato. Tale condizione, invero, secondo la Suprema Corte non sarebbe soddisfatta nei casi in esame in quanto il bene giuridico protetto dal delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche nelle ipotesi aggravate, è costituito da quella particolare espressione dell'ordine pubblico²⁸⁶ rappresentata dall'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, mentre i reati di cui agli artt. 600 e 601 c.p. tutelano l'essere umano nel suo *status* inalienabile di persona libera.

dall'art. 380 c.p.p. e ciò precludeva l'accesso alla tutela fornita dall'art. 18 T.U. imm. Analoghe considerazioni, peraltro, possono essere estese al delitto di favoreggiamento di cui all'art. 12, co. 1 e 3, T.U. imm., che è stato aggiunto all'elenco dei delitti per i quali è disposto "l'arresto obbligatorio in flagranza" solo dalla l. 17 aprile 2015, n. 43.

²⁸³ In tal senso cfr. Cass., sez. V, sent. 25 marzo 2010 (dep. 1 giugno 2010), n. 20740; Cass., sez. V, sent. 21 gennaio 2004 (dep. 17 febbraio 2004), n. 6250. Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *sub art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2702; A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 62-63; V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, cit., p. 104 ss.; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011, p. 588 ss.

²⁸⁴ M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 115; C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta di esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 87.

²⁸⁵ Cass., sez. III, sent. 8 ottobre 2015 (dep. 28 dicembre 2015), n. 50561, in *dejure.it*. In senso analogo cfr. A. PECCIOLI, "Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 36 ss.

²⁸⁶ S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.

Ne deriva che l'eventuale concorrenza tra il delitto di favoreggiamento aggravato e quello di tratta apre alla configurazione non di un concorso apparente di norme, ma di un concorso effettivo di reati, soluzione che, invero, non pare del tutto convincente in quanto, al di là di alcune considerazioni inerenti al bene giuridico tutelato dall'art. 12 T.U. imm. che ci si propone di sviluppare di qui a breve, sembra porre non pochi problemi in punto di violazione del *ne bis in idem* sostanziale e della proporzione complessiva del trattamento sanzionatorio²⁸⁷.

²⁸⁷ Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, n. 3, p. 156 ss. L'Autore ripercorre analiticamente i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 12 T.U. imm., in ragione della sproporzione delle pene edittali comminate, i quali non possono che aggravarsi nel caso di concorso con altri reati qui prospettato.

Capitolo III

Le fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nell'ordinamento interno

SOMMARIO: 1. Delitti di favoreggiamento e oggetto giuridico. – 2. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. – 3. Il favoreggiamento dell'emigrazione irregolare. – 4. La scriminante umanitaria. – 5. Le figure speciali del terzo comma: una lettura dualistica – 5.1. *Segue*. Fattispecie autonome o circostanze aggravanti? – 6. Le circostanze aggravanti di cui al comma 3-ter. 6.1. – L'esclusione del fine di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie: l'espansione della punibilità e la criminalizzazione della solidarietà. – 6.2. Profili comparatistici: il modello “a doppia incriminazione” dell'ordinamento belga. – 6.3. *Segue*. L'apparente modello “a incriminazione aggravata” del sistema tedesco. 7. Il favoreggiamento della permanenza irregolare al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero. – 8. Il favoreggiamento “abitativo” al fine di trarre un ingiusto profitto. – 9. Cenni sugli illeciti amministrativi. La nuova rilevanza penale del divieto di transito e sosta di navi nel mare territoriale. – 10. Un possibile rovesciamento della prospettiva alla luce delle risultanze criminologiche – 11. Spunti di riflessione per una sistematica differenziata dei delitti di favoreggiamento. – 12. La riforma dei reati di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione. – 13. Alla ricerca del “bene perduto”. – 13.1. Il nuovo delitto di traffico di migranti. – 13.2. Traffico di migranti e strumenti di protezione sociale.

1. Delitti di favoreggiamento e oggetto giuridico

Dalla trasposizione interna della disciplina internazionale di contrasto allo *smuggling of migrants* e delle fonti europee relative alla *facilitation of unauthorised entry*²⁸⁸ deriva l'attuale formulazione del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 T.U. imm., vera e propria “disposizione fiume” che consta di ben ventinove commi e prevede quattro diverse fattispecie penali e un illecito amministrativo²⁸⁹.

Il *nomen iuris* di “favoreggiamento”, invero, non corrisponde alla rubrica della norma che reca “Disposizioni contro le immigrazioni irregolari”, ma viene generalmente desunto dall'interpretazione sistematica dell'art. 12 T.U. imm. in combinato disposto con l'art. 4, co. 3, T.U. imm. ai sensi del quale «non è ammesso in Italia lo straniero che [...] risulti condannato per reati inerenti [...] il

²⁸⁸ *Supra*, Cap. II, par. 4.

²⁸⁹ Cfr. A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 241, ove l'Autore afferma che si tratta di «una fattispecie redatta con tecnica approssimativa e corredata da una sfilza di circostanze aggravanti e di norme derogatorie, com'è tipico della legislazione dell'emergenza». Proprio in ragione dell'estrema complessità strutturale della disposizione, si ritiene opportuno allegare il suo testo alla fine del presente capitolo (*infra*, All. 1).

favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati»²⁹⁰. Tale denominazione, del resto, richiama l'originario tenore letterale della disposizione che, nella descrizione della condotta incriminata, faceva riferimento alle «attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri»²⁹¹.

È indubbio che il bene giuridico presidiato, almeno nelle fattispecie tipizzate al primo comma, coincida con l'ordine pubblico²⁹² e, segnatamente, con quella sua particolare declinazione rappresentata dal controllo dei flussi migratori, da sempre ritenuto «un profilo essenziale della sovranità dello Stato»²⁹³. Più nello specifico, l'oggetto giuridico tutelato dai delitti di favoreggiamento sembra rimandare alla tutela penale delle funzioni pubblicistiche relative alla disciplina dell'immigrazione, riferimento che assegna all'ordine pubblico «una configurazione non priva di una significativa dimensione “ideale”, tipica di un orientamento politico-criminale fortemente permeato da una logica repressiva»²⁹⁴.

E tuttavia occorre dare conto della presenza, all'interno della disposizione in esame, di alcune previsioni che paiono poste a tutela degli interessi dei migranti a fronte di vere e proprie condotte lesive dei loro diritti fondamentali. Tale riscontro, in particolare, riguarda le fattispecie circostanziate tipizzate all'art. 12, co. 3, lett. b) e c), T.U. imm. – che fanno leva sull'esposizione a pericolo della vita del migrante o sulla ricorrenza di un trattamento disumano o degradante – ovvero quelle formalizzate al comma 3-ter, in quanto incentrate su finalità di sfruttamento (sessuale, lavorativo o minorile) o sullo scopo di profitto dell'agente. Elementi di analogo tenore, peraltro, sembrano caratterizzare anche le fattispecie autonome di favoreggiamento della permanenza irregolare (art. 12, co. 5, T.U. imm.) e quello di

²⁹⁰ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 40.

²⁹¹ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2676.

²⁹² Cfr. C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.; S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico*, cit., 1990, p. 1 ss.

²⁹³ Corte cost., sent. 5 luglio 2010 (dep. 8 luglio 2010), n. 250, in *dejure.it*.

²⁹⁴ A. CAPUTO, *Diritto e Procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 132 ss., in cui l'Autore sottolinea che l'oggettività giuridica dei delitti previsti dall'art. 12 T.U. imm. rivela, dunque, «una dimensione ideale di “tutela avanzata” della disciplina legislativa ed amministrativa delle migrazioni e dei compiti di controllo delle frontiere affidati all'autorità di polizia, offrendo così una nuova testimonianza del persistente intreccio tra prevenzione e repressione che del concetto di ordine pubblico rappresenta un tratto saliente». Per un'approfondita ricostruzione storica del concetto di sicurezza, nelle sue numerose interrelazioni con quello di ordine pubblico, v. F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020, p. 126 ss.

favoreggiamento abitativo (art. 12, co. 5-*bis*, T.U. imm.), nelle quali la previsione di condotte finalisticamente orientate al perseguimento di uno scopo di profitto sbilancia il baricentro della tutela penale in favore del migrante²⁹⁵.

Alla luce delle previsioni richiamate, pare dunque predicabile la natura plurioffensiva dei delitti di favoreggiamento delle migrazioni irregolari, i quali sarebbero chiamati a presidiare «da un lato, l'integrità dei confini e l'effettività dei controlli sugli ingressi; dall'altro, la sicurezza e la dignità delle persone il cui ingresso irregolare è favorito o procurato»²⁹⁶.

Senonché, gli argomenti addotti a sostegno di tale prospettiva ermeneutica non sembrano del tutto convincenti. Per un verso, infatti, la possibilità che l'asse del bene giuridico tutelato possa spostarsi in ragione della ricorrenza di meri elementi accidentali del reato è questione piuttosto discussa in dottrina, la quale si divide tra quanti ritengono che le circostanze non possano in alcun modo incidere sugli interessi presidiati e coloro che, di contro, sostengono che il bene di riferimento vada individuato tenendo in considerazione l'intera somma degli elementi – costitutivi o circostanziali che siano – che concorrono a delineare la fattispecie²⁹⁷.

Per altro verso, poi, occorre rilevare come l'indirizzo politico-criminale espresso dalle fattispecie di cui ai commi 5 e 5-*bis* innanzi richiamati risulti tutt'altro che univoco, in quanto «l'incertezza relativa al ruolo del dolo specifico nella struttura della fattispecie [...] e l'interpretazione tradizionalmente lata dell'ingiustizia del profitto convergono nel far sì che vi sia il rischio di punire, sostanzialmente, qualunque condotta [...] che ne favorisca la permanenza»²⁹⁸ e, dunque, non solo quei comportamenti volti a sfruttare la condizione di illegalità del migrante.

Oltre che per i rilievi appena evidenziati, la tesi della plurioffensività non sembra cogliere nel segno anche per ulteriori argomenti di carattere strutturale,

²⁹⁵ M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 177.

²⁹⁶ M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1347. In senso analogo cfr. M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 171.

²⁹⁷ In quest'ultimo senso M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, p. 562. *Contra*, G. LEONE, *Del reato continuato, abituale e permanente*, Napoli, 1933, p. 238.

²⁹⁸ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 243.

storico e sistematico, univocamente convergenti nella direzione di una tutela unica di carattere pubblicistico.

Rispetto al primo dei tre profili considerati, si evidenzia che la tesi della pluri-offensività non riesce a spiegare «l'assoluta particolarità rivestita dalla cooperazione necessaria del migrante al perfezionamento dei delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali: tale cooperazione non si traduce [...] nella criminalizzazione del migrante, né, in relazione ad essa, potrebbe ritenersi integrata l'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 5, c.p.»²⁹⁹. Ed è proprio facendo leva su questa ambiguità di fondo che parte della dottrina ha acutamente qualificato la posizione dello straniero agevolato in termini di mero oggetto materiale della condotta posta in essere dall'autore dell'illecito³⁰⁰.

La tesi pubblicistica, peraltro, trova conforto nell'approccio fortemente repressivo e stato-centrico che ha accompagnato le origini e lo sviluppo normativo dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare³⁰¹, la cui lettura in termini unitari, al di là delle singole previsioni tipizzate, si impone anche in considerazione della comune funzione di adeguamento assoluta rispetto alle indicazioni normative sovranazionali.

Dirimente poi sembra, in un'ottica sistematica, la mancata predisposizione di strumenti di protezione in favore del migrante. A tal riguardo, infatti, è utile ricordare che, in disparte le marginali eccezioni rappresentate dal permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale *ex art. 18 T.U. imm.* e da quello per motivi di giustizia *ex art. 11, co. 1, lett. c-bis), d.P.R. n. 394/1999*³⁰², l'ordinamento non contempla meccanismi di tutela per lo straniero agevolato, il cui destino è, pertanto, normalmente rappresentato dalla contestazione del reato di cui all'art. 10-*bis* T.U. imm. e dall'espulsione dal territorio nazionale.

²⁹⁹ A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 130.

³⁰⁰ In questo senso cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 105 ss.

³⁰¹ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., pp. 42-43.

³⁰² A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 129. Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *sub art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., pp. 2673-2674, ove si evidenzia che la tesi della pluri-offensività fa emergere profili di contraddittorietà sistematica dell'art. 12 T.U. imm. che, da un lato, ascriverebbe allo straniero la qualifica di potenziale vittima del reato e, dall'altro, non escluderebbe la contestazione di un diverso reato, come quello di ingresso e soggiorno illegale di cui all'art. 10-*bis* T.U. imm.

Del resto, anche la giurisprudenza più recente sembra essersi attestata su questa linea interpretativa. A tal riguardo, vale richiamare una recente pronuncia della Corte di Cassazione nella quale si evidenzia che l'oggetto specifico e diretto dell'incriminazione tipizzata dall'art. 12, co. 3, T.U. imm., e, dunque, anche nelle fattispecie aggravate caratterizzate da un'ottica attenta alla tutela dei "soggetti deboli" resta, principalmente, quello legato al controllo dei flussi migratori³⁰³. In questa medesima direzione si inserisce, poi, anche la Corte costituzionale la quale, già a partire dalla storica sentenza n. 250/2010 – che ha rigettato le censure di incostituzionalità avanzate rispetto alla contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* T.U. imm. –, ha condiviso l'idea secondo cui la regolarità dei flussi migratori costituisce un bene "strumentale" preposto alla tutela di beni pubblici "finali" di sicuro rilievo costituzionale e suscettibili di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata, tra i quali «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione: vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla "sostenibilità" socio-economica del fenomeno»³⁰⁴.

Se, dunque, il bene giuridico individuato dal legislatore – e convalidato in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità – appare univoco, è altrettanto evidente la sua incompatibilità con il quadro assiologico delineato in materia penale dalla Carta costituzionale³⁰⁵, alla luce del quale il controllo dei flussi non può rappresentare un bene giuridico, neppure strumentale, ma, tutt'al più, una *ratio* di tutela che mira a presidiare le regole vigenti in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri³⁰⁶ e a «rafforzare col deterrente penale una disciplina preventiva già strutturata dal diritto privato o dal diritto amministrativo»³⁰⁷.

³⁰³ In questo senso Cass., sez. III, sent. 8 ottobre 2015 (dep. 28 dicembre 2015), n. 50561, in *dejure.it*. È appena il caso di ricordare che la sentenza richiamata rientra in quel filone giurisprudenziale che, facendo leva sul diverso bene giuridico tutelato dagli artt. 601 c.p. e 12 T.U. imm., ammette l'integrazione di un concorso non apparente, ma effettivo tra i reati richiamati. Sul punto cfr. *supra*, Cap. II, par. 6.

³⁰⁴ Corte cost., sent. 5 luglio 2010 (dep. 8 luglio 2010), n. 250, in *dejure.it*.

³⁰⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 541 ss.

³⁰⁶ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 224.

³⁰⁷ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., pp. 353-354. Sul punto cfr. anche W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 110.

L'utilizzo del diritto punitivo in un'ottica meramente sanzionatoria, infatti, perde lo scopo di colpire manifestazioni criminali concretamente dannose o pericolose e porta alla «criminalizzazione di condotte che possono pur essere contrarie alla *ratio* di una o più disposizioni, ma, invero, sono lontanissime dall'effettiva lesione del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire»³⁰⁸. In altri termini, il ricorso a simili modelli di incriminazione comporta, oltre che l'abbandono di qualsiasi funzione critica del concetto di bene giuridico³⁰⁹, la legittimazione di tecniche di tutela basate sulla tipizzazione di illeciti di mera trasgressione che entrano in tensione con i canoni di necessaria offensività³¹⁰, di determinatezza del precetto penale³¹¹ e con lo stesso finalismo rieducativo della pena³¹², in perpetua riproposizione di quei tipici tratti aporetici che contraddistinguono gran parte delle fattispecie penali poste a tutela dell'ordine pubblico e la stessa legislazione dell'emergenza³¹³.

Sembra, dunque, imprescindibile – e non più prorogabile – una ridefinizione dell'oggetto giuridico del diritto penale dell'immigrazione e, in particolare, dei delitti di favoreggiamento qui considerati, operazione che, conformemente ai valori del personalismo e del solidarismo che animano il quadro assiologico costituzionale, dovrebbe muovere da un vero e proprio rovesciamento della prospettiva sin qui descritta attraverso la marginalizzazione della *ratio* di tutela legata al controllo degli ingressi e la valorizzazione degli unici beni primari realmente messi in pericolo dal fenomeno migratorio che sono, «al di là di ogni retorica politica xenofoba,

³⁰⁸ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 352. Sul punto cfr. C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, cit., p. 255, ove l'Autore sottolinea che si tratta «del noto fenomeno di amministrativizzazione del diritto penale, rappresentato dall'ampliamento del penalmente rilevante con l'ampio ricorso a fattispecie di pericolo, reati senza bene giuridico, illeciti di posizione».

³⁰⁹ Sulla crisi della funzione critica del concetto di bene giuridico v. W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 104 ss.; A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche de diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 19 ss.

³¹⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p.133 ss.

³¹¹ Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., *passim*.

³¹² Per tutti, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 83 ss.

³¹³ Sul punto cfr. A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, p. 1 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 1 ss.

principalmente quelli degli stessi migranti»³¹⁴. È, infatti, solo attorno alla salvaguardia di questi beni che si ritiene possano legittimamente fondarsi norme incriminatrici di tutela, in adesione ad «un modello penale di controllo che, rispettando le prerogative dello stato di diritto, si espliciti attraverso fattispecie chiare, determinate, “rare” e affidabili sotto il profilo dell’interesse tutelato»³¹⁵.

2. Il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare

Il primo comma dell’art. 12 T.U. imm. tipizza il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, fattispecie che incrimina, da un lato, l’attività di trasporto degli stranieri all’interno del territorio italiano – anche sotto forma di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento dello stesso – e, dall’altro, qualsiasi altro atto diretto a procurare l’ingresso illegale, in Italia ovvero in altro Stato, di una persona priva di un titolo di cittadinanza o di residenza permanente.

Rinviando al paragrafo successivo l’analisi del delitto di favoreggiamento dell’emigrazione irregolare e soffermando, per il momento, l’attenzione sul solo delitto di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, occorre evidenziare che l’incriminazione *de qua* configura un delitto comune realizzabile da “chiunque”, ma che deve necessariamente essere rivolto all’ingresso di stranieri o apolidi, il cui ruolo all’interno della struttura del reato si riduce a quello di meri oggetti materiali della fattispecie³¹⁶. Ne deriva che i soggetti agevolati, pur non potendo essere chiamati a

³¹⁴ A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 244. Tale conclusione trova conferma nei dati statistici e, in particolare, nel numero di persone che ogni anno perdono la vita nel tentativo di attraversare il Mediterraneo. Sul punto cfr. IOM, *Fatal Journeys Volume 4: Missing Migrant Children*, edited by F. Laczko, J. Black, A. Singleton, Geneva, 2019, p. 1 ss., ove si stima in circa 32.000 unità il numero di migranti deceduti lungo questa rotta tra il 2014 ed il 2018.

³¹⁵ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 373. L’adesione ad una simile prospettiva arginerebbe la proliferazione di oggetti di tutela fittizi e limiterebbe le scelte di criminalizzazione in attuazione di quell’ideale di diritto penale minimo prospettato da autorevolissima dottrina. Sul punto v. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss.; ID., *I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva*, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, vol. I, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, p. 327 ss.

³¹⁶ In questi termini M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, cit., p. 105 ss.

Sotto il profilo intertemporale si è posto il problema di individuare la disciplina applicabile nel caso di adesione all’Unione europea del paese di appartenenza del soggetto agevolato, successiva alla violazione della norma incriminatrice. Sul punto la giurisprudenza è ferma nel ritenere che si configuri una modifica mediata che non determina *l’abolitio criminis* della condotta di favoreggiamento, ex

rispondere di “autofavoreggiamento” – salvo alcune ipotesi eccezionalmente individuate dalla giurisprudenza³¹⁷ –, sono possibili destinatari della contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare di cui all’art. 10-*bis* T.U. imm. qualora riescano effettivamente a fare ingresso nel territorio italiano³¹⁸.

L’analisi della fattispecie oggettiva deve focalizzarsi, in prima battuta, attorno all’esame delle condotte incriminate. Sotto questo profilo, la previsione disegna una norma a più fattispecie³¹⁹ nella quale ciascuno dei contegni formalizzati è idoneo, da solo, ad integrare il reato, il quale «resta unico anche qualora l’agente (ad esempio, organizzando e finanziando l’attività favoreggiatrice) abbia realizzato una pluralità di condotte tipiche»³²⁰.

Per quanto concerne l’analisi dei singoli comportamenti tipizzati, occorre evidenziare che «la promozione, l’organizzazione e la direzione evocano le figure caratterizzanti le fattispecie associative di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p.»³²¹, dalle

multis: Cass., sez. I, sent. 11 gennaio 2007 (dep. 22 gennaio 2017), n. 1815; Cass., sez. I, sent. 8 maggio 2007 (dep. 12 giugno 2007), n. 22805; Cass., sez. I, sent. 15 giugno 2007 (20 luglio 2007), n. 29728; Cass., sez. VI, sent. 16 dicembre 2004 (dep. 9 marzo 2005), n. 9233. Tale soluzione è stata di recente ribadita anche dalla CGUE, sezione IV, sent. 6 ottobre 2016, *Paoletti*, causa n. C-218/15, in www.eur-lex.europa.eu.

³¹⁷ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2687, ove si evidenzia che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto possibile contestare il favoreggiamento dell’immigrazione anche allo straniero “favorito” in alcune particolari situazioni nelle quali l’agente si era spinto oltre a quanto strettamente necessario al proprio ingresso e aveva, così, aiutato anche altri migranti a realizzare l’ingresso illegale. In tal senso v. Cass., sez. III, sent. 28 novembre 2002 (dep. 23 gennaio 2003), in *Cass. pen.*, 2003, p. 1876 ss.

³¹⁸ Sul punto occorre precisare che in alcune pronunce, per lo più relative a condotte di favoreggiamento contestate nell’ambito delle attività di soccorso e ricerca in mare, la giurisprudenza di legittimità ha escluso la contestazione dell’art. 10-*bis* T.U. imm. nei confronti dei migranti salvati facendo leva sulla ricorrenza di una causa di esclusione dell’antigiuridicità in favore dell’attività dei soccorritori, allo scopo di qualificare le dichiarazioni raccolte dai trasportati come dichiarazioni testimoniali utilizzabili in dibattimento. In questa direzione cfr. Cass., sez. I, sent. 20 aprile 2018 (dep. 8 maggio 2018), n. 20189, secondo cui «in tema di immigrazione clandestina, sono utilizzabili, in quanto hanno natura testimoniale, le dichiarazioni rese spontaneamente alla polizia giudiziaria da parte di migranti nei confronti di membri dell’equipaggio che ha effettuato il trasporto illegale, non essendo configurabile nei confronti dei migranti il reato di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 10-*bis*». Analogamente Cass., Sez. Un., sent. 28 aprile 2016 (dep. 29 settembre 2016), n. 40517, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1790 ss., ove si sostiene che «le dichiarazioni dei migranti trasportati ben possono essere valutate alla stregua di dichiarazioni testimoniali, non potendo nei loro confronti configurarsi il reato di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 10-*bis* (con conseguente necessità di riscontri alle dichiarazioni). Si tratta, infatti, di soggetti che sono stati soccorsi in acque internazionali e legittimamente trasportati sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso. Non possono, dunque, essere considerati migranti entrati illegalmente nel territorio dello Stato per fatto proprio e l’ipotesi contravvenzionale non consente di configurare il tentativo d’ingresso illegale».

³¹⁹ Sul concetto di norma a più fattispecie o norma mista alternativa cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Milano, 2019, p. 575 ss.

³²⁰ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 49.

³²¹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *op. ult. loc. cit.*

quali, pertanto, si tende a mutuare il significato da attribuire alle condotte in esame, sebbene queste si collochino nell'ambito di una fattispecie che ha natura formalmente monosoggettiva³²².

Maggiormente problematica è la formula di chiusura, particolarmente ampia, della norma che riprende la tecnica di tipizzazione tipica dei delitti di attentato. A tal proposito vale ricordare che secondo un ormai consolidato orientamento interpretativo, affermatosi da tempo tanto nella dottrina, quanto nella giurisprudenza, la categoria dei delitti a consumazione anticipata deve essere letta alla luce dell'istituto del tentativo³²³. Più nello specifico, si ritiene necessario ricomprendere tra gli elementi costitutivi delle previsioni considerate, ancorché non si tratti di un requisito esplicito, anche l'idoneità della condotta al raggiungimento del risultato descritto dalla norma incriminatrice, così pervenendo ad una sostanziale sovrapposizione strutturale tra le fattispecie di attentato e quella di cui all'art. 56 c.p.³²⁴.

E tuttavia, è stato opportunamente messo in evidenza come non sempre tali indicazioni vengano osservate nella prassi, sussistendo un folto orientamento della giurisprudenza che ritiene integrata la fattispecie di favoreggiamento in presenza del mero accordo diretto al reclutamento degli stranieri da far entrare in Italia³²⁵, così

³²² Sul punto cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 115 ss., ove l'Autore evidenzia che i delitti di favoreggiamento e di tratta, anche se costruiti come fattispecie monosoggettive, hanno carattere necessariamente associativo. Per questo motivo tali fattispecie vengono solitamente contestate unitamente al reato associativo «che, sul piano sanzionatorio, svolge pertanto una funzione sostanzialmente “aggravante” [...], ulteriormente potenziata dalla previsione, all'art. 416, co. 6, c.p. di una circostanza aggravante speciale, applicabile laddove il programma dell'associazione per delinquere sia diretto a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina aggravato ex art. 12, co. 3-bis, T.U. imm.».

³²³ In tal senso E. GALLO, voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 347.

³²⁴ A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 63; A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 46, secondo cui «l'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione *contra ius* mette in luce la sua riconducibilità nel paradigma del tentativo e [...] induce ad attribuire al delitto in esame natura di reato di pericolo concreto. *Contra*, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 440, che sostiene la qualificazione in termini di pericolo astratto.

³²⁵ Cfr. Cass., sez. III, sent. 19 maggio 2005 (dep. 4 ottobre 2005), n. 35629, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3339 ss., ove si afferma che «il reato previsto dall'art. 12, comma 1, del T.U. approvato con d.l. 25 luglio 1998 n. 286 [...] può perciò perfezionarsi, come esattamente ritenuto dalla Corte d'appello nella specie, già con l'accordo diretto al reclutamento delle donne da far entrare illegalmente in Italia, ovvero con la predisposizione di un alloggio di accoglienza diretto ad agevolare e favorire materialmente il futuro ingresso degli immigrati clandestini [...]».

estendendo la portata applicativa della norma ben oltre i limiti strutturali del tentativo e, in particolare, dell'idoneità e della non equivocità degli atti³²⁶.

Sempre con riferimento all'analisi della fattispecie oggettiva dell'art. 12 T.U. imm., bisogna soffermare l'attenzione sulla clausola di illiceità speciale contenuta nella norma, la quale stabilisce che il delitto in esame può considerarsi integrato solo in presenza di una condotta di ingresso realizzata «in violazione delle disposizioni del Testo Unico». Il legislatore, infatti, non chiarisce il contenuto di tale locuzione alla quale, di conseguenza, gli interpreti hanno attribuito almeno due differenti e, per certi versi, opposti significati.

In base ad una prima accezione, di tipo restrittivo, la clausola si riferisce alle disposizioni amministrative che regolano l'ingresso nel Paese, con la conseguenza di imporre l'accertamento del requisito di illiceità speciale rispetto alla sola condotta di accesso irregolare sul territorio da parte dello straniero.

Secondo una diversa impostazione di carattere estensivo, invece, la formula utilizzata dal legislatore rimanda non solo alle disposizioni di ingresso, ma a tutte le previsioni del Testo Unico, sicché il requisito di illiceità speciale andrebbe riferito, oltre che alla condotta dell'agevolato, anche a quella del favoreggiatore, con notevoli implicazioni sul piano pratico dal momento che, solo aderendo a questo secondo orientamento, il favoreggiamento può considerarsi integrato anche a fronte di un ingresso formalmente regolare, ma sin dall'inizio finalizzato ad una permanenza irregolare del migrante³²⁷.

Per vero, la prima ricostruzione sembra preferibile alla luce di una pluralità di argomenti, tra i quali, *in primis*, la maggior aderenza al tenore letterale della norma che, non a caso, parla di "ingresso": tale termine allude "all'atto di entrare" e ogni eventuale estensione del concetto porrebbe profili di tensione con il principio del *nullum crimen* e, segnatamente, con il divieto di analogia vigente in materia penale.

³²⁶ M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., pp. 172-173.

³²⁷ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., pp. 45-46, ove l'Autore chiarisce che secondo questa prospettiva «il reato di favoreggiamento all'ingresso clandestino di cittadini extracomunitari sussiste anche nel caso in cui l'ingresso nel territorio nazionale è avvenuto regolarmente, attraverso il prescritto valico di frontiera, con un valido passaporto e per motivi turistici, ma risulti che in realtà è finalizzato ad una permanenza illegale».

Tale soluzione sembra, peraltro, imposta anche dalla necessità di interpretare in chiave costituzionalmente orientata la previsione in esame, dato che l'estrema latitudine applicativa della norma, derivante dalla tecnica di tipizzazione a consumazione anticipata, potrebbe essere compensata solo da una lettura restrittiva del requisito di illiceità speciale, da valutarsi in relazione al solo ingresso dello straniero³²⁸.

Sovviene poi un argomento di carattere sistematico, basato sulla considerazione secondo cui estendere la clausola di illiceità speciale, fino a ricomprendervi condotte che sostanzialmente integrano ipotesi di favoreggiamento della permanenza irregolare, non avrebbe più ragion d'essere all'indomani della tipizzazione espressa di quest'ultima condotta all'interno dell'art. 12, co. 5, T.U. imm.

Alle argomentazioni sinteticamente riportate, però, la giurisprudenza prevalente contrappone altrettanti argomenti volti a convalidare la tesi estensiva. In questa diversa prospettiva, sul piano letterale si evidenzia che il richiamo all'intero Testo Unico in materia di immigrazione consente di incriminare le condotte di agevolazione non già del solo ingresso, bensì dell'immigrazione irregolare complessivamente intesa, senza, per ciò solo, incorrere in eventuali interpretazioni analogiche *in malam partem*³²⁹.

Quanto ai rilievi critici prospettati in punto di tassatività e determinatezza della norma, poi, giova rammentare che, proprio in relazione alla genericità del richiamo operato dalla clausola in esame, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dichiarata manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione la quale ha osservato che «dall'onnicomprendivo riferimento alla violazione delle disposizioni del testo unico [possa] derivare soltanto una maggiore difficoltà di individuazione e ricostruzione della fattispecie concreta, ma non anche un difetto di tipicità della fattispecie astratta, in sé compiutamente definita»³³⁰.

³²⁸ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 60.

³²⁹ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2683.

³³⁰ Cass., sez. I, sent. 8 maggio 2002 (dep. 12 giugno 2002), n. 22741, in *Giur. it.*, 2003, p. 1432 ss. secondo cui la clausola comprende «al suo interno, ogni possibile combinazione della prevista attività diretta a favorire l'ingresso di stranieri in Italia con la violazione di ciascuna delle specifiche disposizioni (attinenti alla materia) del decreto legislativo in esame». Sul punto cfr. S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2684; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 46.

Da ultimo, sotto il profilo sistematico, non sembra convincente l'argomento fondato sulla possibile sovrapposizione tra la condotta di favoreggiamento dell'ingresso irregolare e quella di favoreggiamento della permanenza, dato che in questa seconda fattispecie non confluiscono tutte le condotte agevolatrici della permanenza illegale, ma solo quelle poste in essere nei confronti dello straniero che abbia autonomamente già fatto ingresso nel territorio dello Stato, come segnala la clausola di sussidiarietà posta in apertura della previsione³³¹.

Tra le opposte tesi sinteticamente ricostruite non mancano, tuttavia, anche posizioni mediane. In questa direzione è stato evidenziato che a seguito dell'introduzione, operata nell'ambito delle fattispecie aggravate – di cui all'art. 12, co. 3, lett. a), b), e c), T.U. imm. – della locuzione «o la permanenza» da parte della l. n. 94/2009 il requisito di illiceità speciale possa essere interpretato estensivamente, solo per tali previsioni. Viceversa, al di fuori di queste tassative ipotesi circostanziate, resta ferma la necessità di intendere restrittivamente la clausola in esame³³².

Tanto chiarito rispetto al profilo oggettivo della fattispecie, occorre, da ultimo, soffermare l'attenzione sull'elemento soggettivo del reato che, per vero, non desta particolari problemi ermeneutici. Esso si identifica in un dolo generico, costituito dalla rappresentazione e volontà del fatto di procurare l'ingresso nel territorio dello Stato ad uno straniero, in violazione delle disposizioni vigenti in materia. L'oggetto del dolo, pertanto, deve ricomprendere anche il requisito di illiceità speciale della norma poc'anzi richiamato, pena l'integrazione di un errore su norma extrapenale, potenzialmente rilevante, ai sensi dell'art. 47, co. 3, c.p.

È controversa l'imputazione soggettiva del delitto in esame a titolo di dolo eventuale, questione interpretativa che si iscrive nel più ampio dibattito relativo alla compatibilità di questo elemento psicologico con i delitti a consumazione anticipata e nel quale sembra, al momento, prevalere la tesi negativa, con la conseguenza che

³³¹ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2684.

³³² In tal senso A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 61. *Contra*, S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2686, il quale evidenzia che tale soluzione entra in tensione con il principio costituzionale di uguaglianza.

per l'integrazione del favoreggiamento è necessario accertare una proiezione finalistica corrispondente ad un dolo intenzionale o, tutt'al più, ad un dolo diretto³³³.

3. Il favoreggiamento dell'emigrazione irregolare

Le medesime condotte descritte nella fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sono penalmente rilevanti anche laddove realizzate al fine di procurare l'ingresso del migrante nel territorio di altro Stato del quale la persona non sia cittadina o non abbia titolo di residenza permanente. Si realizza, in questo modo, il delitto di favoreggiamento dell'emigrazione irregolare, fattispecie introdotta con la l. 30 luglio 2002, n. 189, con lo scopo di adeguare il sistema penale interno al quadro normativo sovranazionale.

Anche in questo caso viene in rilievo un reato comune realizzabile da "chiunque", ma necessariamente rivolto all'emigrazione di stranieri o apolidi, dal momento che i cittadini italiani e quelli dell'Unione europea sfuggono all'ambito soggettivo di applicazione del Testo Unico in materia di immigrazione³³⁴.

Rispetto al profilo oggettivo della norma e, in particolare, alla tecnica di tipizzazione utilizzata dal legislatore, è possibile richiamare le osservazioni sviluppate in relazione al reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, dato che anche la fattispecie in esame risponde al modello di incriminazione dei delitti "a consumazione anticipata".

Alcune considerazioni a parte, invece, merita l'esame della clausola di illiceità speciale, in quanto la sua previsione, rispetto a condotte di agevolazione dell'emigrazione irregolare verso l'estero, non segnala solo la ricorrenza di un'ambigua espressione linguistica foriera di plurime interpretazioni, ma pone più profondi problemi di compatibilità del dettato normativo con il principio di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie. In questi casi, infatti, la condotta incriminata è individuata attraverso il rinvio ad una legge straniera e questo

³³³ In tal senso, nella manualistica cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, p. 492 ss. *Contra*, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Torino, 2020, p. 538 ss.

³³⁴ Art. 1, co. 1, T.U. imm. secondo cui: «Il presente testo unico, in attuazione dell'articolo 10, secondo comma, della Costituzione, si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri».

richiamo, per un verso, sembra risolversi in una illegittima forma di eterointegrazione del precetto penale su elementi significativi della fattispecie e, per altro verso, pare aggirare il canone della precisione normativa, in assenza di un nucleo descrittivo minimo in grado di prefigurare le condotte penalmente rilevanti³³⁵.

I rilievi critici appena richiamati, per vero, sono stati respinti dalla Corte costituzionale nella sentenza del 26 gennaio 2009, n. 21³³⁶. Rispetto alla presunta violazione della riserva di legge vigente in materia penale, infatti, la Consulta, ribadita la libertà del legislatore di ricorrere a forme di integrazione eteronoma delle previsioni penali, ha negato che il richiamo alla legge estera – contenuto nell'art. 12, co. 1, T.U. imm. – possa essere considerato alla stregua di un elemento integrativo del precetto, dal momento che le diverse legislazioni degli altri Stati non entrano nella composizione della figura delittuosa, ma costituiscono soltanto i parametri concettuali alla cui stregua misurare l'illegalità del singolo ingresso³³⁷.

Quanto alle censure in punto di determinatezza, il Giudice delle leggi ha escluso la sua violazione argomentando dalla considerazione secondo cui risulta comunque chiaro il tipo di attività che il legislatore intende reprimere, ovvero l'agevolazione realizzata, in qualunque modo, in favore di una persona a superare i confini di un altro Stato, in violazione delle sue disposizioni in materia di ingresso, sicché «l'eventualità [...] che [...] lo Stato di destinazione del migrante clandestino non risulti individuabile con certezza rappresenta una difficoltà di mero fatto nell'applicazione della norma»³³⁸. Resta, tuttavia, ferma la necessità, per l'interprete, di accertare in concreto lo Stato di destinazione dello straniero agevolato e la normativa in violazione della quale è stata realizzata la condotta di favoreggiamento.

La Corte costituzionale e la successiva giurisprudenza di legittimità hanno quindi valutato costituzionalmente legittima la fattispecie *de qua* sulla base di

³³⁵ Cfr. S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., pp. 2709-2710, ove si evidenzia che i giudici *a quibus* avevano segnalato profili di incompatibilità anche con la libertà di emigrazione scolpita nell'art. 35, co. 4, Cost., rilievo, tuttavia, ritenuto insussistente dal momento che la libertà di emigrazione è riconosciuta dal precetto costituzionale con salvezza degli obblighi stabiliti dalla legge, fra i quali possono farsi rientrare quelli di rispetto della legislazione del Paese di destinazione.

³³⁶ Corte cost., sent. 26 gennaio 2009 (dep. 30 gennaio 2009), n. 21, in *dejure.it*. Sul punto cfr. M. GAMBARELLA, *Il favoreggiamento dell'emigrazione clandestina e la Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 190 ss.

³³⁷ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2709.

³³⁸ Corte cost., sent. 26 gennaio 2009 (dep. 30 gennaio 2009), n. 21, in *dejure.it*.

osservazioni che, per vero, continuano a suscitare dubbi in larga parte della dottrina. Sembra infatti inconfutabile che «il “peso specifico” del significato penalistico della norma censurata si raggiunga solo mediante l’elemento dell’“illegalità”»³³⁹ dell’emigrazione verso uno Stato estero, così come pure è evidente che il ricorso a fonti di integrazione eteronoma può dirsi compatibile con il principio di determinatezza, a condizione che non si dia adito a incertezze né in ordine all’individuazione della norma richiamata, né in ordine all’ambito applicativo e al contenuto di tale norma³⁴⁰.

Un’ulteriore questione problematica sorta sul terreno del favoreggiamento dell’emigrazione irregolare attiene, poi, alla possibilità di ricomprendere entro il suo spettro applicativo le condotte di agevolazione dirette non all’emigrazione, ma al mero transito del migrante in uno Stato estero al solo fine dell’attraversamento in vista del rimpatrio³⁴¹. Sul punto è possibile isolare almeno due diversi orientamenti.

La prima impostazione fornisce risposta negativa al quesito muovendo dal tenore letterale della norma e da una puntuale ricostruzione del termine “immigrazione” che, secondo le più ricorrenti e comuni definizioni, allude non al mero ingresso in un Paese straniero, ma all’insediamento o al trasferimento più o meno stabile di un soggetto all’estero. In questa direzione, sembra dunque irragionevole, oltre che poco rispettosa del canone dell’offensività penale, la punizione di comportamenti che sarebbero addirittura diretti a rimuovere situazioni di irregolarità mediante il rientro nel Paese di cui la persona ha la cittadinanza o la residenza permanente³⁴².

In senso contrario, tuttavia, si attesta la giurisprudenza di gran lunga prevalente che porta avanti un’interpretazione estensiva dell’incriminazione. Un primo argomento a sostegno di tale soluzione si rinviene nella tecnica di tutela a consumazione anticipata della norma che «si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a favorire l’ingresso, senza che possano assumere alcuna rilevanza

³³⁹ A. BONOMI, *Riserva di legge in materia penale, determinatezza delle fattispecie criminose e rinvio al diritto straniero (a proposito di Corte cost., n. 21/2009)*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2134.

³⁴⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 73.

³⁴¹ Cfr. M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 54 ss.

³⁴² S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., pp. 2705-2706.

l'effettività, la durata o le finalità dell'entrata o del transito, né tantomeno la direzione o la destinazione finale dello straniero in transito»³⁴³. Del resto, lo stesso utilizzo del termine “ingresso” milita nel senso dell'irrilevanza della destinazione finale dell'agevolato, così come confermato dal ricorso al lemma “trasporto” che, nella sua ampiezza di significato, è certamente idoneo a ricomprendere le condotte di favoreggiamento dell'emigrazione finalizzate al mero transito degli stranieri³⁴⁴.

Quanto, infine, all'esame dell'elemento soggettivo della fattispecie, non si scorgono profili di rilevanza dissimili da quelli già evidenziati in ordine al favoreggiamento dell'immigrazione illegale. Anche questa diversa previsione incriminatrice, infatti, è punita a titolo di dolo e, rispetto ad esso, assume rilevanza, ai sensi dell'art. 47, co. 3, c.p., l'eventuale errore sulla clausola di illecità speciale, qui riferita alla normativa sull'immigrazione irregolare vigente nello Stato di destinazione.

4. La scriminante umanitaria

L'art. 12, co. 2, T.U. imm. dispone che, salvo 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.

Si tratta della c.d. “scriminante umanitaria”, previsione introdotta nell'ambito delle “Disposizioni contro le immigrazioni clandestine” in attuazione di quella facoltà di delimitazione dell'area di rilevanza penale riconosciuta dall'Unione europea a ciascuno Stato membro all'interno dell'art. 1, par. 2, della direttiva 90/2002/CE³⁴⁵.

³⁴³ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2707.

³⁴⁴ V. MILITELLO, L. SIRACUSA, R. CRUPI, L. TUMMINELLO, B. MORELLO, R. OMODEI, S. ORLANDO, *Traffico di migranti e tratta di esseri umani. Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, cit., p. 43.

³⁴⁵ Dopo aver individuato, al primo paragrafo, le condotte da sanzionare, l'art. 1 della direttiva 90/2002/CE, al secondo paragrafo, stabilisce 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».

Nonostante la collocazione topografica della disposizione, deve ritenersi che tale causa di esclusione della pena si applichi pure alle successive fattispecie tipizzate dall'art. 12 T.U. imm. A ben vedere, però, soprattutto rispetto alle figure contemplate dai commi 5 e 5-*bis*, l'utilità pratica della previsione risulta notevolmente ridimensionata, dal momento che la tipicità dei delitti di favoreggiamento della permanenza e di favoreggiamento abitativo è già significativamente limitata dall'inserimento del dolo specifico di profitto tra gli elementi costitutivi del reato³⁴⁶.

È pacifica la qualificazione di questa esimente in termini di causa di giustificazione, assunto che trae conferma in un duplice ordine di motivi: da un lato, nel richiamo espresso operato in favore dell'art. 54 c.p. e, dall'altro, nel tenore letterale della disposizione secondo cui le condotte tipizzate «non costituiscono reato». Del resto, tale soluzione sembra quella più coerente con la logica sottesa all'esclusione della punibilità nei casi considerati che, nell'ambito di un giudizio di bilanciamento con il concorrente interesse alla protezione dell'ordine pubblico, si fonda sulla prevalenza accordata a condotte di aiuto materiale finalizzate a scopi solidaristici³⁴⁷.

L'operatività dell'esimente è subordinata alla ricorrenza di un'attività di soccorso, quale connotazione oggettiva della condotta scriminata, ovvero di un'attività di assistenza umanitaria, concetto che sembra rinviare ad una prospettiva teleologica e che, pertanto, può essere desunto, oltre che dalla condotta, anche *aliunde*³⁴⁸.

Si tratta di una fattispecie che ricalca, sotto vari aspetti, quella del soccorso di necessità (art. 54 c.p.), sebbene con presupposti molto più ampi: in questa sede, infatti, non si richiede il pericolo attuale di un grave danno alla persona, ma solo l'accertamento di condizioni di bisogno riferite agli stranieri supportati; non sussiste, poi, il presupposto dell'inevitabilità della situazione scriminante, ovvero dello stesso

³⁴⁶ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 122-123.

³⁴⁷ In tal senso A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 121. Per la ricostruzione della funzione politico-criminale dell'antigiuridicità in termini di risoluzione dei conflitti sociali cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 191 ss.; C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 31 ss.; C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, *passim*.

³⁴⁸ Cfr. A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 93.

stato di bisogno; non ricorre, da ultimo, il requisito della proporzione tra il fatto realizzato (di astratto rilievo penale) e lo stato di bisogno in cui versa lo straniero³⁴⁹.

Nonostante l'ambito di operatività apparentemente più esteso di quello disegnato dall'art. 54 c.p., la norma in esame presenta una portata applicativa estremamente ristretta in ragione della previsione di una doppia "clausola di territorialità" riferita sia alla condotta degli agevolatori che a quella degli agevolati.

Rispetto alla posizione dei primi, infatti, la fattispecie ricomprende i soli contegni posti in essere in Italia, con la conseguenza di non poter ritenere scriminate tutte quelle condotte agevolative che, ancorché realizzate all'estero, rientrano comunque entro la giurisdizione italiana in virtù dell'applicazione dei criteri individuati dall'art. 6 c.p.³⁵⁰. Proprio per tali ragioni la previsione presta il fianco a rilievi critici in punto di ragionevolezza e disparità di trattamento che una parte della dottrina ritiene di poter attenuare mediante l'estensione analogica della causa di non punibilità in esame, operazione ermeneutica che non sembrerebbe porre problemi di compatibilità con l'art. 25, co. 2, Cost. in quanto *in bonam partem* e non coinvolgente una norma eccezionale³⁵¹.

Quanto alla posizione dei destinatari della condotta di aiuto, la norma richiede l'obbligatoria presenza degli stranieri agevolati sul territorio italiano. Ne deriva che l'effetto scriminante riguarda le sole condotte di favoreggiamento della permanenza irregolare e di favoreggiamento dell'emigrazione verso l'estero³⁵², con esclusione, invece, della fetta più consistente di condotte punibili, ovvero quelle di favoreggiamento dell'ingresso. Si potrebbe sostenere che tale opzione politico-criminale poggia sul dato secondo cui il favoreggiamento dell'ingresso, a differenza del favoreggiamento della permanenza, crea una nuova situazione di illegalità sul territorio e, d'altronde, è proprio sulla base di questa considerazione che il *Conseil*

³⁴⁹ Cfr. A. CAPUTO, G. FIDELBO, *op. loc. ult. cit.*

³⁵⁰ L'art. 6, co. 2, c.p. stabilisce che: «Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione».

³⁵¹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., pp. 93-94.

³⁵² S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., pp. 32-33.

Constitutionnel, in una sua recentissima pronuncia³⁵³, pur dichiarando la parziale incostituzionalità dell'esimente umanitaria d'oltralpe, non ha giudicato contraria al dettato costituzionale l'esclusione dal suo perimetro applicativo delle condotte di agevolazione dell'ingresso irregolare³⁵⁴.

Senonché, con riferimento all'ordinamento nostrano, a queste osservazioni è agevole obiettare che l'emersione di una nuova condizione di illegalità si configura, sebbene in una prospettiva oltreconfine, anche nel favoreggiamento dell'emigrazione irregolare, previsione che, infatti, è sanzionata alla stessa stregua di quella in materia di favoreggiamento dell'ingresso e che, al contrario di quest'ultima, rientra nel campo di applicazione della scriminante.

Peraltro, è appena il caso di evidenziare che se il fondamento della causa di non punibilità risiede nel bilanciamento tra l'interesse al controllo delle frontiere, da un lato, e il principio solidaristico, dall'altro, davvero non si intravede nella condotta di favoreggiamento dell'ingresso un disvalore tale da poter giustificare la prevalenza del primo interesse sul secondo. Si tratta, in altri termini, di una presunzione legislativa non conforme al canone di ragionevolezza, a maggior ragione se si considera che, in gran parte dei casi considerati, l'aiuto viene prestato in favore di persone che rischiano la propria vita e che si trovano in una condizione di particolare vulnerabilità³⁵⁵.

³⁵³ *Conseil Constitutionnel*, *Décision* n. 2018/717-718 QPC, 6 luglio 2018. Sul punto cfr. L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 31 ss.

³⁵⁴ Cfr. L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 34 ss., il quale precisa che la pronuncia in esame ha dichiarato l'illegittimità dell'"esimente umanitaria" prevista dall'art. 622-4 CESEDA (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*) nella parte in cui non estendeva la causa di non punibilità, oltre che alle condotte di favoreggiamento della permanenza illegale, anche a quelle di favoreggiamento della circolazione di soggetti già irregolarmente presenti sul territorio francese. La Corte, invece, ha espressamente escluso che l'ambito di applicazione dell'esimente possa ricomprendere anche le condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare proprio perché queste contribuiscono alla creazione di "una nuova situazione illecita" che giustifica il diverso trattamento giuridico.

³⁵⁵ Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 37 ss., ove l'Autore, muovendo dai profili di irragionevolezza della previsione, auspica la proposizione di una questione di illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 2, T.U. imm. che possa estendere l'operatività della scriminante a tutte le attività di soccorso e assistenza «prestate nei confronti degli stranieri, ancorché privi di titolo di ingresso o permanenza sul territorio, in condizioni di bisogno». A sostegno di tale soluzione viene richiamata una nota sentenza resa dalla Corte Suprema del Canada nel 2017 (caso *Appulonappa*), la quale ha dichiarato la parziale illegittimità di una fattispecie di reato del tutto analoga a quella prevista dall'art. 12 T.U. imm. – ovvero la Sezione 117(1) IRPA (*Immigration and Refugee Protection Act*) – nella parte in cui puniva con severe pene detentive il mero aiuto all'ingresso irregolare, anche quando prestato in assenza di

Proprio l'eccessiva limitazione dello spazio applicativo della scriminante, peraltro, ha prospettato difficoltà applicative per la giurisprudenza più recente che, chiamata a pronunciarsi in una serie di episodi relativi a delle operazioni di ricerca e soccorso in mare realizzate da alcune organizzazioni non governative, nell'impossibilità di ricorrere all'esimente speciale di cui all'art. 12, co. 2, T.U. imm., ha dovuto applicare le ordinarie cause di giustificazione codicistiche, addivenendo spesso a soluzioni poco coerenti sul piano sistematico³⁵⁶.

Da quanto sin qui evidenziato, sembra, dunque, imprescindibile una rimodulazione della portata applicativa della previsione scriminante che, partendo dall'eliminazione del limite territoriale in essa previsto, porti all'adozione di una formula più elastica atta a ricomprendere, sulla falsariga di quanto accade anche in altri ordinamenti europei, qualsiasi condotta di agevolazione posta in essere in favore di migranti in stato di bisogno³⁵⁷.

5. Le figure speciali del terzo comma: una lettura dualistica

Il terzo comma dell'art. 12 T.U. imm. prevede un sensibile aumento della cornice edittale – da 5 a 15 anni di reclusione, invece che da 1 a 5 anni di reclusione, oltre 15.000 euro di multa per ogni persona favorita – nel caso in cui la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione o dell'emigrazione irregolare sia accompagnata da alcuni elementi specializzanti previsti dalla norma³⁵⁸.

scopo di lucro o di organizzazione. In particolare, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale della disposizione facendo leva sulla Sezione 1 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* che legittima la compressione dei diritti fondamentali della persona, quale la libertà personale dell'imputato, solo laddove la limitazione abbia una giustificazione ragionevole in una società libera e democratica.

³⁵⁶ Sui principali profili applicativi dei delitti di favoreggiamento e della scriminante in esame *infra*, Cap. IV, par. 1 ss.

³⁵⁷ Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., pp. 36-37, il quale ricorda che «in Belgio, ad esempio, sono considerate lecite le condotte poste in essere con finalità umanitaria “prevalente”; in Spagna quelle con finalità umanitaria “esclusiva”; ancora, in Finlandia sono considerate lecite tutte le condotte compiute con finalità umanitaria, o di solidarietà familiare, tenuto altresì conto delle condizioni di sicurezza nel Paese di provenienza del migrante».

³⁵⁸ Cfr. A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 50 ss.; S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2696 ss. Sotto il profilo sanzionatorio, peraltro, l'art. 12, co. 4-*quater*, T.U. imm. stabilisce che nei casi previsti dal primo e dal terzo comma è sempre disposta la confisca del mezzo di

In particolare, tali profili di specialità possono idealmente concorrere a definire due macrocategorie di fattispecie speciali, a seconda della prevalenza dell'ottica di tutela migrante-centrica o Stato-centrica adottata dal legislatore.

Seguendo questo schema classificatorio, un primo gruppo di previsioni ricomprende le fattispecie qualificate dalla potenziale lesione ai diritti propri dei migranti, che può estrinsecarsi nell'esposizione a pericolo della vita o dell'incolumità dell'agevolato (art. 12, co. 3, lett. b, T.U. imm.) o nella sottoposizione dello stesso a trattamento disumano o degradante (art. 12, co. 3, lett. c, T.U. imm.). Quest'ultima espressione è stata mutuata dall'art. 3 Cedu a mente del quale, conformemente alla definizione offerta dalla giurisprudenza di Strasburgo, deve considerarsi «inumano quel trattamento che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità e degradante quel trattamento meno grave, che umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire contro la sua volontà o coscienza»³⁵⁹.

Nella seconda categoria di fattispecie aggravate ricavabile dalla disposizione rientrano, invece, le figure considerate dall'art. 12, co. 3, lett. a), d), ed e), T.U. imm., le quali si connotano per una più pregnante offesa rivolta al potere statale di controllo delle frontiere che può manifestarsi, alternativamente, attraverso: il numero di migranti favoriti, il numero dei partecipi al delitto, l'utilizzo di particolari mezzi (servizi internazionali di trasporto o documentazione alterata, contraffatta o comunque illegalmente ottenuta) o la disponibilità di armi o sostanze esplosive.

Tra queste non pone particolari problemi interpretativi il primo elemento specializzante che inerisce al numero, pari o superiore a cinque, di stranieri favoriti, né quello relativo al numero, pari o superiore a tre, di soggetti favoreggiatori (art. 12, co. 3, lett. a, T.U. imm.). Problemi di determinatezza cominciano a porsi, invece, per il concetto di "armi" e di "sostanze esplosive" (art. 12, co. 3, lett. e, T.U. imm.) e soprattutto per la fattispecie formalizzata alla lettera d), la quale stigmatizza la condotta di favoreggiamento posta in essere con l'utilizzo di servizi internazionali di

trasporto utilizzato, cfr. G. GENTILE, *Immigrazione clandestina*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di R. Tartaglia, Roma, 2012, p. 642 ss.

³⁵⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 53, ove gli Autori, peraltro, mettono in evidenza il fatto che la circostanza in esame, «risultando integrata da una determinata modalità oggettiva della condotta, si colloca su un piano diverso rispetto a quello dell'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 4, c.p., che, secondo l'opinione prevalente, ha natura soggettiva».

trasporto ovvero di documenti contraffatti, alterati o comunque illegalmente ottenuti. Con riferimento al ricorso ai servizi internazionali di trasporto, una parte della dottrina, valorizzando il fondamento politico-criminale dell'aggravamento sanzionatorio – che risiederebbe nella maggiore pericolosità del fatto realizzato rispetto al bene giuridico tutelato – ritiene che la fattispecie si perfezioni solo a fronte di una particolare insidiosità dei mezzi utilizzati, quale quella insita nella strumentalizzazione di una situazione di apparente liceità in vista del raggiungimento di un risultato vietato dalla legge. Di conseguenza, per integrare la fattispecie in esame, gli atti di favoreggiamento devono concretizzarsi nell'utilizzo di un vettore operante nel settore dei trasporti internazionali con modalità tali da occultare l'illecito utilizzo del mezzo e creare una situazione di apparente liceità³⁶⁰.

Per quanto concerne, invece, l'impiego di documenti contraffatti o alterati o, comunque, illegalmente detenuti, vale rilevare che, in disparte i casi da ultimo menzionati – ovvero quelli relativi a documenti ottenuti illegalmente³⁶¹ – la norma pone dei profili di interferenza con l'art. 5, co. 8-*bis*, T.U. imm. che punisce la falsificazione materiale di documenti relativi all'ingresso o al soggiorno in Italia o l'utilizzo di tali documenti falsificati. A tal riguardo, non ci sono problemi a ritenere applicabile il solo disposto di cui all'art. 12, co. 3, T.U. imm. nel caso di mera utilizzazione del documento falso³⁶². Diversamente, nelle ipotesi di utilizzo e, altresì, di partecipazione alla condotta di contraffazione o alterazione del documento, è preferibile ritenere che l'art. 5, co. 8-*bis*, T.U. imm. resti assorbito nell'art. 12, co. 3, lett. d), T.U. imm., dato che la prospettiva del concorso effettivo di reati reca con sé il rischio di irrogare pene sproporzionate³⁶³.

Proprio rispetto alle figure speciali da ultimo considerate e, segnatamente, alla fattispecie tipizzata all'art. 12, co. 3, lett. d), T.U. imm., vale, da ultimo, segnalare

³⁶⁰ In questo senso A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 54.

³⁶¹ Tale espressione allude ai documenti ottenuti da falsificazione ideologica o da altra attività illecita (come la corruzione di pubblico ufficiale), mentre l'art. 5, co. 8-*bis*, T.U. imm. si rivolge esclusivamente ad attività di falsificazione materiale.

³⁶² La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito che il reato di concorso nel possesso di falsi documenti di identità validi per l'espatrio (art. 497-*bis* c.p.) resta assorbito nel più grave delitto di procurato ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato commesso mediante l'utilizzazione di documenti contraffatti (art. 12 T.U. imm.), essendo il primo reato elemento costitutivo del secondo. In tal senso cfr. Cass., sez. I, sent. 7 aprile 2011 (dep. 30 maggio 2011), n. 21586.

³⁶³ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., pp. 2701 e 2702.

l'intervento di una recentissima ordinanza del Tribunale di Bologna che ha sollevato questione di legittimità costituzionale della previsione assumendo come parametri di riferimento il canone dell'uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.) e il principio di proporzionalità della sanzione penale (artt. 3 e 27, co. 3, Cost.)³⁶⁴.

Sotto il primo profilo, la disposizione manifesta profili di irragionevolezza nella parte in cui pone sullo stesso piano fattispecie tra loro profondamente eterogenee: da un lato, le ipotesi in cui l'aggravamento sanzionatorio si giustifica per l'offesa, oltre che all'ordine pubblico, anche ai diritti fondamentali delle persone trasportate o illegalmente introdotte nel territorio dello Stato; dall'altro, quelle ipotesi nelle quali l'unico bene vulnerato resta l'ordine e la sicurezza pubblica e che, pertanto, si mostrano idonee a giustificare un divario sanzionatorio così marcato³⁶⁵.

Oltre al *vulnus* al principio di uguaglianza-ragionevolezza, la norma in oggetto è censurabile anche rispetto alla sproporzione intrinseca del trattamento sanzionatorio comminato, dato che al grado di offesa espresso dalla condotta tipizzata il legislatore fa corrispondere una pena evidentemente sproporzionata che compromette *ab initio* il processo rieducativo del reo³⁶⁶.

Se, come evidenziato dai primi commentatori, «l'ordinanza bolognese apre una prima breccia al vaglio di legittimità costituzionale della disciplina italiana sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare»³⁶⁷, è pure vero che la ricostruzione

³⁶⁴ Trib. Bologna, sez. I, ord. 1 dicembre 2020 (dep. 1 dicembre 2020), in *www.sistemapenale.it*, con nota di S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, 7 dicembre 2020.

³⁶⁵ Il Tribunale di Bologna evidenzia che l'irragionevolezza della previsione porterebbe alla conseguenza per cui «la condotta consistente nel far viaggiare lo straniero nascosto nella cella frigorifera di un camion o accompagnarlo attraverso impervi sentieri di montagna, in entrambi i casi con rischio per la vita o per l'incolumità del migrante, viene punita nello stesso modo di chi invece faccia viaggiare lo straniero con un volo di linea o limitandosi a procurargli un passaporto o un visto falso».

³⁶⁶ Di qui il Tribunale, aderendo ai più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato di proporzione della pena, prospetta due possibili punti di riferimento per una possibile ridefinizione della dosimetria sanzionatoria, distinguendo l'uso dei servizi internazionali di trasporto da quello di documenti falsi. La prima sotto-fattispecie potrebbe, invero, farsi rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 12, co. 1, T.U. imm., del quale condivide il bene giuridico tutelato e rappresenta, anzi, il modo ordinario di realizzazione. Quanto alla seconda sotto-fattispecie, anche qui l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante potrebbe comportare l'applicazione dell'art. 12, co. 1, T.U. imm., eventualmente in uno con la riespansione della fattispecie prevista all'art. 497-bis c.p. (Possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi), ovvero la cornice edittale prevista dall'art. 12, co. 3, T.U. imm. nel testo originario del 1998 che prevedeva la pena della reclusione da 4 a 12 anni e della multa di lire 30 milioni per ogni straniero favorito.

³⁶⁷ S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, cit.

della fattispecie proposta dai giudici rimettenti non convince pienamente, a partire dalla considerazione secondo cui l'aggravamento sanzionatorio di cui al terzo comma si giustificerebbe per il carattere plurioffensivo delle figure speciali considerate, carattere che, di contro, mancherebbe nella sola disposizione oggetto di censure, ovvero l'art. 12, co. 3, lett. d), T.U. imm. In disparte, infatti, le osservazioni in punto di oggetto giuridico di tutela formulate in apertura del capitolo³⁶⁸, occorre ribadire come le uniche previsioni che, tutt'al più, sembrano muoversi in un'ottica di tutela del migrante – come si è cercato di mettere in rilievo attraverso la lettura dualistica proposta in questa sede – siano quelle ricomprese nell'art. 12, co. 3, lett. b) e c), T.U. imm., alle quali vanno, semmai, a sommarsi le circostanze tipizzate al successivo comma 3-ter.

5.1. Segue. Fattispecie autonome o circostanze aggravanti?

Il nodo interpretativo maggiormente problematico, che si è posto in relazione all'art. 12, co. 3, T.U. imm., attiene alla qualificazione dogmatica da attribuire alle figure speciali in esso tipizzate.

Dinanzi a fattispecie connotate da elementi di specialità, infatti, spetta all'interprete stabilire se si tratti di elementi accessori del reato, che valgono a configurare una fattispecie circostanziata, ovvero di elementi costitutivi di una fattispecie autonoma speciale. La distinzione, lungi dall'arrestarsi al piano della discussione teorica, ha ricadute pratiche notevoli sotto una pluralità di aspetti, tra i quali basti ricordare il giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*³⁶⁹, le differenze in punto di criteri di imputazione soggettiva³⁷⁰, oltre che la rilevanza ai fini dell'individuazione del *locus* e del *tempus commissi delicti*³⁷¹.

³⁶⁸ *Supra*, Cap. III, par. 1.

³⁶⁹ A tal riguardo giova rammentare che, se l'elemento specializzante ha natura accessoria, si è in presenza di una circostanza che può formare oggetto di un giudizio di bilanciamento con altre circostanze eterogenee concorrenti, giudizio che può esitare anche nella equivalenza delle circostanze contestate e, dunque, nell'invarianza del trattamento sanzionatorio. Al contrario, se l'elemento specializzante è elemento costitutivo di una fattispecie autonoma di reato, la sua configurazione comporta una variazione della pena data dall'applicazione del trattamento sanzionatorio comminato dalla fattispecie speciale.

³⁷⁰ In ordine ai criteri di imputazione soggettiva, vale ricordare che se l'elemento specializzante è elemento accidentale del reato si è in presenza di una circostanza la quale, se aggravante, può essere imputata solo quando conosciuta o conoscibile, ovvero indifferentemente a titolo di dolo o di colpa *ex*

Proprio in considerazione di queste conseguenze, risulta quanto mai necessaria l'individuazione di uniformi e attendibili regole interpretative che, invero, anche a causa del silenzio normativo, stentano ad emergere nella giurisprudenza la quale, sul punto, si è mostrata piuttosto ondivaga, optando talvolta per criteri di tipo sostanziale³⁷² e, più di recente, per criteri di tipo formale.

Tra questi un ruolo di primario rilievo è generalmente riconosciuto alla "collocazione topografica" della previsione, in base alla quale si ritiene che se l'elemento specializzante è contenuto nel corpo dello stesso articolo che già descrive una fattispecie autonoma di reato, esso, tendenzialmente, formalizza una circostanza; viceversa, quando il suddetto elemento specializzante è tipizzato in un articolo diverso, esso, allora, di regola configura una fattispecie autonoma di reato³⁷³.

Tra i criteri di tipo formale rientra anche quello "strutturale" o "della descrizione del fatto", secondo cui l'individuazione del precetto o della pena di una previsione operata mediante il rinvio ad altra disposizione (o ad altro comma della medesima disposizione) è sintomatica della sussistenza di una circostanza del reato, laddove, invece, la completa ridefinizione delle condotte formalizzate e della cornice editale della norma depone del senso di riconoscere una fattispecie autonoma.

Proprio facendo leva sull'ultimo dei criteri richiamati, la recente sentenza del 21 giugno 2018, n. 40982³⁷⁴, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha sostenuto

art. 59, co. 2, c.p. Viceversa, se l'elemento specializzante è elemento costitutivo del reato, lo stesso, di regola, viene imputato a titolo di dolo ex art. 42, co. 2, c.p.

³⁷¹ Sul punto è il caso di rilevare che solo l'elemento specializzante, qualificabile come elemento costitutivo di un reato, è idoneo a fondare il *locus* e il *tempus commissi delicti* del fatto criminoso. Non vanno peraltro trascurate anche le conseguenze in punto di concorso di persone nel reato, come rilevato da F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, cit., p. 487.

³⁷² Tra i criteri di tipo sostanziale possono annoverarsi la diversità del bene tutelato dalle fattispecie o la modulazione dell'intensità dell'offesa tipizzata come particolarmente lieve o particolarmente intensa rispetto ad un medesimo bene giuridico, entrambe situazioni sintomatiche della sussistenza di un'autonoma fattispecie di reato. Sennonché, il maggior limite dei criteri di matrice sostanziale risiede nell'eccessiva incertezza applicativa e nel riconoscimento in capo al giudice di un potere discrezionale eccessivamente ampio che contrasterebbe con i principi di legalità e di tassatività della fattispecie.

³⁷³ L'affidabilità del criterio in esame, però, è stata smentita dalla stessa giurisprudenza in una pluralità di decisioni. Difatti, si registrano casi in cui l'elemento specializzante, contenuto in uno stesso articolo tipizzante una fattispecie autonoma di reato, è stato qualificato come elemento costitutivo autonomo (ad esempio, l'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309/1990) e, viceversa, altri casi nei quali l'elemento specializzante, contenuto in un diverso articolo, è stato qualificato come elemento accessorio di un reato base (ad esempio, l'art. 640-bis c.p.).

³⁷⁴ Cass., Sez. Un., sent. 21 giugno 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40982, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1454 ss.

la natura circostanziata dell'art. 12, co. 3, T.U. imm. In particolare, i giudici di legittimità, chiamati a pronunciarsi nel loro più autorevole consesso, hanno motivato la loro decisione affermando che «la tecnica legislativa di riprodurre integralmente la descrizione della condotta presente nella fattispecie del primo comma è, senza dubbio, insolita ma ottiene lo stesso risultato che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*», con la conseguenza di dover ritenere che «le fattispecie previste nell'art. 12, co. 3, T.U. imm. configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo»³⁷⁵.

A ben vedere, la soluzione fatta propria dalla Suprema Corte, invero piuttosto affrettata e non troppo argomentata, si espone a rilievi critici che partono proprio dalla corretta applicazione di quel criterio “strutturale” utilizzato in senso dirimente per risolvere la questione dibattuta. È stato, infatti, giustamente osservato che l'art. 12, co. 3, T.U. imm., nel procedere ad una completa ridescrizione del fatto tipico e della cornice edittale, avrebbe dovuto portare ad un risultato del tutto contrario a quello sostenuto dalla Cassazione, ovvero ad ammettere la sussistenza di una fattispecie autonoma di reato, semplicemente perché la disposizione in esame non è per nulla descritta *per relationem* all'art. 12, co. 1, T.U. imm.³⁷⁶.

La Corte, poi, omette di considerare altri criteri pure utilizzati in altre pronunce, come quello fondato sulla presenza, in apertura del terzo comma, di una clausola di sussidiarietà che recita «salvo che il fatto costituisca più grave reato», la quale sembra presupporre l'autonomia della fattispecie tipizzata.

A sostegno della tesi autonomistica sovviene, poi, un argomento di carattere sistematico che si coglie attraverso l'analisi dei successivi commi 3-*bis* e 3-*quater*, i quali prevedono delle aggravanti applicabili proprio alle fattispecie del terzo comma. Secondo l'impostazione della Corte Suprema tali previsioni darebbero luogo a delle

³⁷⁵ Per completezza espositiva deve segnalarsi che le questioni di diritto per le quali il ricorso era stato rimesso alle Sezioni unite erano due, così riassumibili: «1. se in tema di disciplina dell'immigrazione, le fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, costituiscano circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12, comma 1, del medesimo decreto legislativo ovvero figure autonome di reato; 2. in siffatta eventualità, se tali figure integrino un reato di pericolo ovvero a consumazione anticipata, che sanziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, non richiedendo l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio».

³⁷⁶ F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, cit., pp. 488-489.

vere e proprie “circostanze aggravanti di aggravanti”³⁷⁷, costruzione normativa non nuova nella produzione legislativa e rinvenibile, ad esempio, nell’art. 585 c.p., che aggrava le pene previste dalle circostanze di cui all’art. 583 c.p., o nell’art. 595, co. 4, c.p., che aggrava le pene di cui ai commi precedenti o, ancora, nell’art. 416, co. 6, c.p., che aggrava la pena dell’art. 416, co. 4, c.p. E tuttavia, se è vero che tale modello normativo è già noto al legislatore, è altrettanto innegabile che si tratta di uno schema normativo piuttosto inusuale, che incide in maniera significativa sulla cornice edittale e che, pertanto, al di fuori delle ipotesi espressamente qualificate come circostanziate³⁷⁸, deve risultare di stretta interpretazione, dovendosi altrimenti preferire la qualificazione in termini di circostanza aggravante di una fattispecie autonoma.

Nella direzione della qualificazione come reato autonomo si pongono, infine, anche considerazioni di carattere storico relative all’evoluzione normativa della disposizione e, in particolare, alle novità introdotte prima dalla l. n. 189/2002 e poi dalla l. n. 94/2009, le quali hanno modificato le previsioni originariamente contenute nel terzo comma, certamente circostanziate, conformandole sempre di più come vere e proprie figure autonome di reato³⁷⁹. Tale lettura, peraltro, è stata convalidata da una nota pronuncia della Corte costituzionale del 2011 che, proprio rispetto alle figure in esame ha affermato che «si tratta delle ipotesi [...] nelle quali il fatto di favoreggiamento [...] viene configurato come fattispecie distinta e più severamente punita di quella di cui al comma 1, per il concorso di elementi che accrescono, nella valutazione legislativa, il disvalore dell’illecito»³⁸⁰.

³⁷⁷ Cfr. S. FELICIONI, J. ESCOBAR VEAS, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all’art. 12, co. 3, del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti o fattispecie autonome di reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 6, p. 253 ss., che hanno a tal proposito parlato di una previsione «stravagante». In senso contrario, rispetto al carattere eccentrico della previsione, F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell’immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, cit., pp. 491-492.

³⁷⁸ Secondo la soluzione prospettata la suddetta costruzione normativa, tra gli esempi riportati, potrebbe applicarsi solo all’art. 583 c.p. che, rubricato “Circostanze aggravanti”, rimanda espressamente all’art. 583 c.p., recante a sua volta “Circostanze aggravanti”.

³⁷⁹ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 91.

³⁸⁰ Corte cost., sent. 12 dicembre 2011 (dep. 16 dicembre 2011), n. 331, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1248 ss., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 12, co. 4-bis, T.U. imm., per contrasto con gli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, Cost., «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

In definitiva, i numerosi e significativi argomenti a sostegno della prospettiva autonomistica mettono in seria discussione la validità della tesi prospettata dalle Sezioni Unite e inducono a concordare con quanti ritengono che il dibattito sulla natura giuridica delle previsioni speciali di cui all'art. 12, co. 3, T.U. imm. sia tutt'altro che sopito³⁸¹.

6. Le circostanze aggravanti di cui al comma 3-ter

A differenza delle fattispecie tipizzate al terzo comma dell'art. 12 T.U. imm., le previsioni contemplate alle lettere a) e b) del comma 3-ter non generano particolari dubbi rispetto alla loro qualificazione dogmatica. Esse, infatti, sono pacificamente considerate circostanze aggravanti ad effetto speciale di natura soggettiva, incentrate su peculiari proiezioni del dolo specifico dell'agente.

Con maggior precisione, occorre evidenziare che le ipotesi tipizzate nella prima lettera (art. 12, co. 3-ter, lett. a, T.U. imm.) possono essere distinte in quattro sottocategorie: favoreggiamento con scopo di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione; favoreggiamento con scopo di reclutamento di persone da destinare comunque allo sfruttamento sessuale; favoreggiamento con scopo di reclutamento di persone da destinare allo sfruttamento lavorativo; favoreggiamento dell'ingresso di minori da impiegare in attività illecite. Si tratta di previsioni che si pongono in una prospettiva di tutela diversa da quella volta a garantire la regolarità dei flussi migratori e che, proprio per tale ragione, chiamano l'interprete ad una delicata opera di *actio finium regondorum* rispetto a fattispecie contigue che integrano più gravi e autonome figure di reato appositamente predisposte dal legislatore a tutela della persona (ad esempio, la tratta di persone ex art. 601 c.p.)³⁸².

Quanto alla seconda lettera della disposizione in esame (art. 12, co. 3-ter, lett. b, T.U. imm.), essa tipizza una fattispecie circostanziata basata sullo scopo di trarre un profitto, anche indiretto, dalle condotte incriminate. Tale elemento accidentale, già considerato nella formulazione originaria del Testo Unico del 1998, ha significativamente esteso il suo ambito di operatività con la l. n. 189/2002 che non

³⁸¹ In questi termini, F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, cit., p. 492.

³⁸² *Supra*, Cap. II, par. 6.

solo ha elevato questa ipotesi a fattispecie autonoma di reato, ma ne ha anche modificato la dicitura, trasformata da “fine di lucro” a “fine di trarre un profitto, anche indiretto”. Questa dizione ha significativamente ampliato «la portata della norma che pertanto attualmente abbraccia sia i casi in cui l’agente mira a percepire un “guadagno economicamente apprezzabile” [...]; sia quelli in cui persegue ogni altra “utilità, materiale o spirituale, e, altresì, qualunque piacere o soddisfazione»³⁸³.

La previsione è stata modificata anche dalla l. n. 94/2009 che, pur lasciando invariata la formula linguistica, ha nuovamente ricompreso la fattispecie in esame tra le circostanze aggravanti del reato, non senza osservazioni critiche da parte della dottrina la quale ha valutato l’esito «non intenzionalmente perseguito dal legislatore, e di certo non coerente con la sottostante realtà criminologica»³⁸⁴.

6.1. L’esclusione del fine di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie: l’espansione della punibilità e la criminalizzazione della solidarietà

L’esclusione del fine di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie base di favoreggiamento appare perfettamente in linea con gli obblighi di penalizzazione promananti dal contesto normativo eurounitario, mentre non risulta del tutto aderente al dettato della Convenzione di Palermo del 2000 e del suo Protocollo addizionale sullo *smuggling of migrants* del 2004.

A tal riguardo giova rammentare il differente approccio adottato dalla disciplina internazionale e da quella europea nella criminalizzazione delle attività di supporto alle immigrazioni irregolari³⁸⁵: la prima prevede la punizione dell’“atto di procurare l’ingresso illegale” a una o più persone a scopo di lucro, in un’ottica di bilanciamento tra il controllo delle frontiere nazionali e la tutela dei diritti dei

³⁸³ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. *immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., pp. 2712-2713, ove l’Autore richiama la nozione c.d. onnicomprensiva di profitto, pressochè unanimamente accettata in giurisprudenza. Cfr. Cass., sez. IV, sent. 3 aprile 1989, n. 18295; Cass., sez. II, sent. 31 marzo 2008, n. 16658; Cass., sez. II, sent. 9 ottobre 2012, n. 25393.

³⁸⁴ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali e negazione reale dei diritti, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2009, p. 69.

³⁸⁵ Cfr. *supra*, Cap. II, par. 4. Sul punto si veda V. MITSILEGAS, *The criminalisation of human smuggling as preventive justice*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. Militello e A. Spina, cit., p. 11 ss.; A. SPINA, *Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation*, in *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings. Policy dilemma in the EU*, cit., p. 33 ss.

migranti; la seconda, in una prospettiva prevalentemente stato-centrica, legittima l'anticipazione dell'intervento penale ad "atti diretti a favorire l'ingresso illegale" di uno o più stranieri ed espunge lo scopo di lucro tra gli elementi costitutivi della previsione, relegandolo a mera circostanza aggravante del reato.

Il modello unionale da ultimo considerato sembra quello che ha maggiormente condizionato gli ordinamenti interni degli Stati europei che, infatti, si sono adeguati alla disciplina sovranazionale tipizzando i delitti di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione irregolare, senza riconoscere efficacia costitutiva al suddetto dolo specifico³⁸⁶.

Tale modello normativo, però, ha ben presto posto gli interpreti dinanzi a problemi di vera e propria "iper-criminalizzazione" delle attività di assistenza prestate in favore di migranti irregolari³⁸⁷, il più delle volte non risolvibili attraverso la clausola di esclusione della punibilità per scopi umanitari di cui all'art. 1, par. 2, della direttiva 90/2002/CE per un duplice ordine di motivi: da un lato, non tutti i Paesi europei hanno provveduto alla tipizzazione di questa esimente, la cui previsione, infatti, è stata rimessa alla libera iniziativa di ciascuno Stato membro; dall'altro, anche nei Paesi in cui la clausola è stata recepita – come nell'ordinamento italiano *ex art. 12, co. 2, T.U. imm. –*, la sua formulazione presenta margini applicativi incerti e molto limitati³⁸⁸.

L'opportunità di espungere lo scopo di lucro dalle disposizioni in esame viene generalmente giustificato sull'assunto secondo cui la previsione di tale elemento soggettivo rischierebbe di pregiudicare il buon esito delle operazioni investigative in materia, essendo spesso impossibile tracciare i flussi di denaro tra gli stranieri e i trafficanti. L'argomento, tuttavia, è agevolmente superabile se si considera che il

³⁸⁶ S. CARRERA, E. GUILD, A. ALIVERTI, J. ALLSOPP, M.G. MANIERI, M. LEVOY, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, cit., p. 29 ss.

³⁸⁷ Cfr. S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 6 ss.; L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 31 ss.

³⁸⁸ Cfr. *supra*, Cap. II, par. 4.

dolo di profitto dell'agente non deve necessariamente essere dimostrato attraverso l'individuazione del compenso monetario, ben potendo essere provato *aliunde*³⁸⁹.

Pertanto, l'unica valida giustificazione che continua a sorreggere simili incriminazioni resta quella di ampliare il più possibile la latitudine applicativa delle fattispecie penali poste a tutela dei confini, caratterizzate da una smisurata anticipazione della tutela penale sia sul piano oggettivo, attraverso l'adozione di modelli a consumazione anticipata, che sul piano soggettivo, mediante la punibilità a titolo di dolo generico. Da qui deriva la sanzionabilità di qualsiasi condotta di mero aiuto o supporto realizzato in favore di un migrante irregolare che apre ad una casistica estremamente ampia e variegata: «dalla madre che aiuta suo figlio a entrare illegalmente nel paese [...], al benintenzionato che fornisce aiuto al migrante con lo scopo di tutelare le condizioni di vita degli stranieri, sino al trafficante internazionale senza scrupoli che ammassa i migranti in una barca nel Mediterraneo e li abbandona alla loro sorte»³⁹⁰.

6.2. Profili comparatistici: il modello “a doppia incriminazione” dell'ordinamento belga

Come anticipato, la maggior parte degli ordinamenti europei, in attuazione della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI, ha dato vita a fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare dai cui elementi costitutivi esula l'elemento soggettivo dello scopo di profitto, il quale viene “degradato” a mera circostanza aggravante del reato.

In questo panorama normativo piuttosto omogeneo si distinguono, però, per evidenti profili di eccentricità, il sistema penale belga e quello tedesco, sui quali occorre soffermare brevemente l'attenzione³⁹¹.

³⁸⁹ In tal senso anche S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 40.

³⁹⁰ J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, cit., pp. 118-119.

³⁹¹ Cfr. J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, cit., p. 116 ss.; V. MILITELLO, L. SIRACUSA, R. CRUPI, L. TUMMINELLO, B. MORELLO, R. OMODEI, S. ORLANDO, *Traffico di migranti e tratta di esseri umani. Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, cit., p. 33 ss.

Il primo, nell'ambito della legge interna che disciplina le condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri (*Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*), all'art. 77, par. 1, *L'étrangers*³⁹² prevede un'ipotesi base di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina descritta sulla falsariga della fattispecie europea della *facilitation of unauthorised entry*. La norma, infatti, punisce chiunque intenzionalmente aiuti uno straniero ad entrare o a soggiornare sul territorio di uno Stato membro UE (o di uno Stato parte di una convenzione internazionale sulla protezione delle frontiere) o a transitare nel territorio di uno di quegli Stati in violazione della legislazione vigente nel territorio interessato. Il secondo paragrafo, invece, introduce una clausola di esclusione della punibilità riferita a tutte quelle ipotesi in cui il fatto è commesso per delle ragioni «*principalementement humanitaires*», con un tenore letterale decisamente più ampio rispetto a quello utilizzato per la scriminante umanitaria tipizzata nel sistema italiano all'art. 12, co. 2, T.U. imm.

Senonché, accanto a tale previsione, la legge fondamentale in materia di ingresso e soggiorno sul territorio belga contempla una seconda fattispecie, formalizzata all'art. 77-bis, par. 1, *L'étrangers*³⁹³ che punisce chiunque contribuisca in qualsiasi modo, sia direttamente che tramite un intermediario, a favorire l'ingresso, il transito o il soggiorno di un soggetto privo della cittadinanza europea o di uno Stato parte di una convenzione internazionale relativa alla protezione delle

³⁹² L'art. 77 dispone che: «*Quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat, soit dans les faits qui ont préparé l'entrée, le transit ou le séjour, ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de mille sept cents euros à six mille euros ou d'une de ces peines seulement.*

L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires.

³⁹³ L'art. 77-bis stabilisce che: «*Constitue l'infraction de trafic des êtres humains, le fait de contribuer, de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l'entrée, le transit ou le séjour d'une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne sur ou par le territoire d'un tel Etat ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique, en violation de la législation de cet Etat, en vue d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial.*

L'infraction prévue à l'alinéa 1er sera punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinq cents euros à cinquante mille euros.

La tentative de commettre l'infraction visée à l'alinéa 1er sera punie d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à dix mille euros.

frontiere, in violazione della legislazione vigente nel territorio interessato, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio patrimoniale.

Così facendo, il sistema penale belga distingue due diverse incriminazioni: da un lato, la fattispecie base di favoreggiamento, costruita, sul modello europeo della *facilitation of entry* a dolo generico, in quanto tale posta a presidio dell'interesse statale al controllo dei flussi migratori; dall'altro, la diversa e più grave figura del traffico di migranti, ispirata alla fattispecie convenzionale dello *smuggling of migrants* e, dunque, tipizzata come reato a dolo specifico in un'ottica di precipua tutela dello straniero trasportato.

Si tratta di una soluzione che attende ad un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi che vengono in rilievo nelle vicende considerate ed è proprio per questa ragione che alcuni studiosi, fortemente critici verso la disciplina recata dal *Facilitators package* eurounitario, hanno avanzato l'idea di estendere anche agli altri ordinamenti europei questo modello "a doppia incriminazione". Infatti, la previsione di un'apposita fattispecie di traffico di migranti da affiancare alle previsioni di favoreggiamento servirebbe, da un lato, a garantire un più adeguato recepimento del contenuto della Convenzione di Palermo e, dall'altro, a rimarcare il bisogno di tutela, oltre che «dell'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, anche – e soprattutto – dei diritti fondamentali dei migranti, la cui posizione di particolare vulnerabilità è oggetto di potenziale sfruttamento economico da parte dei trafficanti»³⁹⁴.

Tuttavia, anche l'adesione ad una simile prospettiva "a doppio binario" lascerebbe ferma la punibilità delle condotte di favoreggiamento sorrette da scopi solidaristici, solo in parte neutralizzato dalla clausola di esclusione della punibilità prevista dall'art. 77, par. 1, *Létrangers*.

³⁹⁴ In questo senso J. ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, cit., p. 120; ID., *Smuggling of Migrants is and Should be Established as an Autonomous Offence*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 27(3), 2019, p. 226 ss.

6.3. *Segue*. L'apparente modello “a incriminazione aggravata” del sistema tedesco

Accanto all'ordinamento belga, nello scenario normativo europeo occorre dedicare un'apposita riflessione anche alla soluzione adottata dal sistema penale tedesco³⁹⁵.

La disciplina fondamentale che regola il fenomeno migratorio nella Repubblica federale tedesca è contenuta nella legge sulla permanenza, l'attività lavorativa e l'integrazione degli stranieri sul territorio federale (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*), conosciuta come *Aufenthaltsgesetz* (o *AufenthG*).

Al suo interno, il § 96, co. 1, *AufenthG*³⁹⁶, rubricato “*Einschleusen von Ausländern*”, incrimina la condotta di chiunque istighi o aiuti un migrante a fare ingresso, a permanere o ad emigrare irregolarmente in violazione delle disposizioni vigenti in materia e, in particolare, del § 95 *AufenthG*³⁹⁷. La punibilità dell'agevolatore, tuttavia, è subordinata alla sussistenza alternativa della promessa (o della ricezione) di un vantaggio o della reiterazione della condotta o di una pluralità di soggetti agevolati³⁹⁸.

Proprio la previsione degli elementi da ultimo menzionati induce, dunque, a ritenere che il sistema penale tedesco abbia adottato un modello “a incriminazione aggravata” del favoreggiamento dell'immigrazione, per la cui configurazione non è

³⁹⁵ V. MILITELLO, L. SIRACUSA, R. CRUPI, L. TUMMINELLO, B. MORELLO, R. OMODEI, S. ORLANDO, *Traffico di migranti e tratta di esseri umani. Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, cit., p. 149 ss.; AA. VV., *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa, A. Spena, Torino, 2020, p. 159 ss.; S. TREVISAN, U. MOELLER, *Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy*, in *Giur. pen.*, 2019, n. 7-8, p. 1 ss.

³⁹⁶ Il § 96, par. 1, *AufenthG* dispone: «Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, eine Handlung
1. nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen und
a) dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder
b) wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt oder
2. nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 1a oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b oder Nr. 2 zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt».

³⁹⁷ Tale disposizione, in particolare, sanziona penalmente l'inosservanza della disciplina in materia di ingresso e soggiorno sul territorio federale.

³⁹⁸ Nel § 96, par. 1, n. 2, *AufenthG*, invece, l'istigazione o l'aiuto devono essere rivolti alla commissione da parte dello straniero di taluno degli illeciti tipizzati dal § 95 *AufenthG* e, in questo caso, per la punibilità dell'autore è richiesta la promessa o il conseguimento di un vantaggio necessariamente patrimoniale.

sufficiente la mera agevolazione dell'ingresso o del soggiorno irregolare, ma sono altresì richiesti ulteriori elementi costitutivi alternativamente rappresentati o dalla ripetizione della condotta o dalla pluralità di destinatari o dallo scopo di profitto dell'agente. Proprio rispetto a quest'ultima sotto-fattispecie viene, dunque, in rilievo una norma incriminatrice che nel disvalore complessivo del fatto ricomprende anche profili di offesa nei confronti della sfera soggettiva del migrante, similmente all'impostazione accolta dalla Convenzione di Palermo e dalla previsione belga sul traffico di migranti (art. 77-bis *Létrangers*).

E tuttavia mette conto rilevare che, al di là dell'espressa incriminazione extracodicistica contenuta nel § 96, par. 1, *AufenthG*, la condotta di mero favoreggiamento dell'immigrazione irregolare resta comunque penalmente rilevante in virtù dell'applicazione delle disposizioni in materia di concorso di persone nel reato contenute nel codice penale tedesco e, segnatamente, nei §§ 26 e 27 StGB che puniscono chiunque, rispettivamente, induca o aiuti un altro soggetto a commettere un atto illecito³⁹⁹.

Più nello specifico, l'agevolazione sopra considerata risulta punibile sotto forma di partecipazione criminosa nel reato di ingresso o soggiorno irregolare di cui al § 95 *AufenthG* e ricomprende qualunque condotta di semplice istigazione o di mero supporto a realizzare le violazioni *ivi* tipizzate⁴⁰⁰. A tal riguardo, vale precisare che, ai fini della punibilità dell'istigatore o del complice è sufficiente che si tratti di un fatto oggettivamente antiggiuridico, mentre risulta irrilevante l'accertamento della colpevolezza, di cause di esclusione della pena o di condizioni obiettive di

³⁹⁹ Sulla disciplina tedesca del concorso di persone nel reato cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 421 ss., ove si evidenzia che, a differenza del "modello unitario" adottato dal codice penale italiano, il codice penale tedesco ha optato per un "modello differenziato" che distingue le diverse condotte di coloro che cooperano alla commissione di un reato, dedicando, così, una specifica previsione alle figure dell'autore e del coautore (§ 25 StGB), dell'istigatore (§ 26 StGB) e del complice (§ 27 StGB). Per la configurazione dell'istigazione è necessario che l'agente faccia nascere in un altro soggetto la decisione di commettere un reato, mentre per la condotta di aiuto la giurisprudenza ritiene sufficiente un contributo che abbia in qualsiasi maniera e in qualsiasi momento prima della consumazione del reato stimolato, agevolato o accelerato la condotta dell'autore principale.

⁴⁰⁰ Cfr. BGH, 1989 NJW 1435; BayObLG, 2002 NJW 1663, 1664; OLG Frankfurt, 1993, NSTZ 393. Sulla ricostruzione particolarmente ampia della condotta di aiuto in materia di favoreggiamento della migrazione irregolare cfr. K.S. ZIEGLER, *The Legal Framework of Trafficking and smuggling in Germany. Victim protection emerging from witness Protection?*, in *Immigration and Criminal Law in the European Union: the Legal Measures and Social Consequences of Criminal law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, edited by E. Guild and P. Minderhoud, Leiden, 2006, p. 81 ss.

punibilità⁴⁰¹. Sul piano oggettivo, peraltro, l'agevolazione deve essere realizzarsi nella forma consumata o quanto meno tentata: in caso contrario l'istigatore va esente da pena in quanto il § 30 StGB, stabilisce che il tentativo di partecipazione è punibile, pur se con una attenuazione rispetto alla pena ordinaria, solo quando si tratti di istigazione a commettere un crimine (*Verbrechen*)⁴⁰².

I rilievi evidenziati inducono, dunque, a ritenere che anche il sistema penale tedesco delinei un modello “a doppia incriminazione” che include, da un lato, la condotta base di favoreggiamento, punita ai sensi del combinato disposto dei §§ 26 o 27 StGB e del § 95 *AufenthG*; dall'altro, la più grave fattispecie di traffico di migranti descritta dal § 96 *AufenthG*, che subordina la punibilità dell'agente alla sussistenza di più stringenti presupposti di operatività.

Si perviene, però, rispetto alla criminalizzazione del favoreggiamento umanitario, a risultati applicativi non troppo lontani da quelli registrati negli altri ordinamenti europei e anzi, per alcuni versi, addirittura ampliativi dello spazio di operatività della fattispecie, dato che la Germania rientra nel novero di quei Paesi europei che non hanno introdotto nel proprio ordinamento un'espressa clausola di non punibilità per scopi umanitari, così come prefigurata dall'art. 1, co. 2, direttiva 2002/90/CE⁴⁰³.

7. Il favoreggiamento della permanenza irregolare al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero

Il fine di profitto esaminato nei paragrafi precedenti – completamente estraneo all'incriminazione base prevista dall'art. 12, co. 1, T.U. imm. – acquista il ruolo di elemento costitutivo del reato tanto nel favoreggiamento della permanenza irregolare (art. 12, co. 5, T.U. imm.), tanto in quello “abitativo” (art. 12, co. 5 *bis*, T.U. imm.).

⁴⁰¹ K.S. ZIEGLER, *The Legal Framework of Trafficking and smuggling in Germany. Victim protection emerging from witness Protection?*, in *Immigration and Criminal Law in the European Union: the Legal Measures and Social Consequences of Criminal law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, cit., p. 83, ove si precisa che non è necessario che il migrante sia punibile (ad esempio, potrebbe essere non imputabile, perché minore o affetto da *deficit* cognitivo), ma si richiede la ricorrenza di una condotta intenzionale e *contra legem*, ovvero non assistita da cause di giustificazione.

⁴⁰² G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., p. 451 ss.

⁴⁰³ S. TREVISAN, U. MOELLER, *Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy*, cit., pp. 11-12.

Prendendo le mosse dall'analisi del primo, è necessario rilevare che tale figura di reato fu introdotta dal legislatore nell'ottica di andare a colpire quelle condotte di agevolazione poste in essere autonomamente e posteriormente rispetto a quelle dirette a procurare l'ingresso illegale, in quanto essenzialmente finalizzate al mantenimento della situazione di clandestinità⁴⁰⁴.

Tale incriminazione presenta, sul piano strutturale, almeno due profili di singolarità rispetto alle previsioni tipizzate all'art. 12, co. 1, T.U. imm., apprezzabili dal punto di vista sia oggettivo, che soggettivo.

Con riguardo al primo profilo, vale rilevare che la fattispecie prevede la pena fino a quattro di reclusione a fronte della condotta di chiunque «favorisca la permanenza» illegale dello straniero nel territorio dello Stato. Proprio muovendo da tale definizione, la dottrina prevalente inferisce la qualificazione del delitto in esame in termini di reato di evento, ove l'efficacia causale della condotta favoreggiatrice deve essere valutata non rispetto alla permanenza *tout court* dello straniero, ma all'avere in qualche modo migliorato la sua posizione⁴⁰⁵. La conferma del fatto che la struttura del favoreggiamento della permanenza coincida con quella propria dei reati causali puri si impone, peraltro, anche alla luce di una interpretazione teleologica della disposizione, volta all'attuazione dei principi di offensività e determinatezza del reato: data, infatti, l'estrema genericità del precetto penale, la sua compatibilità con il quadro assiologico costituzionale potrebbe essere sostenuta solo a condizione di richiedere un effettivo riscontro della condotta agevolativa⁴⁰⁶.

Sempre sotto il profilo oggettivo viene, poi, in rilievo l'accertamento del requisito di illiceità speciale della fattispecie che, per vero, non differisce da quello richiesto per le condotte tipizzate nel primo comma se non per il fatto che qui va necessariamente riferito, in un'ottica estensiva, alla disciplina relativa non solo all'ingresso, ma anche al soggiorno dello straniero.

⁴⁰⁴ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2715.

⁴⁰⁵ In questo senso S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2716. *Contra*, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 202, il quale sostiene la qualificazione in termini di reato di mera condotta, integrato in presenza di meri atti idonei a violare o ad eludere le norme del Testo Unico in materia.

⁴⁰⁶ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., pp. 77-78. M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 61.

Il secondo profilo di eccentricità della previsione, come anticipato, attiene all'elemento soggettivo del reato, qui rappresentato, oltre che dal dolo generico, anche dal dolo specifico di profitto dell'agente. Al fine di evitare la rilevanza penale di attività di mero supporto umanitario in favore del migrante, il favoreggiamento della permanenza viene punito solo se realizzato in una prospettiva di guadagno ingiusto, in quanto derivante «dalla condizione di illegalità dello straniero». È dunque agevole comprendere quali siano le differenze che distinguono il dolo di profitto in esame dalla circostanza aggravante del favoreggiamento prevista all'art. 12, co. 3-ter, T.U. imm.: per un verso, solo nella condotta di favoreggiamento della permanenza irregolare l'elemento soggettivo deve correlarsi allo sfruttamento della «condizione di illegalità dello straniero»; per altro verso, l'art. 12, co. 5, T.U. imm. non riconosce rilevanza al profitto "indiretto", con la conseguenza che potranno venire in rilievo soltanto le aspettative di arricchimento strettamente correlate alla condizione di irregolarità del favorito⁴⁰⁷.

Sempre sul piano soggettivo, poi, risulta quantomeno singolare la previsione secondo cui, in alternativa alla sussistenza del dolo specifico di ingiusto profitto, il favoreggiamento della permanenza illegale può essere incriminato «nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo». Si tratta di una locuzione di difficile interpretazione, non a caso rimasta priva di riscontri applicativi nella prassi giurisprudenziale. Al fine di attribuire uno spazio di operatività autonomo a tale espressione, parte della dottrina ritiene che la stessa faccia riferimento alle ulteriori circostanze aggravanti contemplate, accanto al fine di profitto, dall'art. 12, co. 3-ter, T.U. imm., così riferendosi al favoreggiamento della permanenza finalizzato allo scopo di sfruttamento della prostituzione o sessuale, nonché all'impiego di minori in attività illecite⁴⁰⁸.

Le peculiarità strutturali della norma, rilevate sotto il profilo oggettivo e soggettivo, aiutano a perimetrare il suo ambito di applicazione unitamente a due clausole di riserva poste in apertura della previsione. La prima di esse, recante «fuori

⁴⁰⁷ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2719.

⁴⁰⁸ A. CAPUTO, *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 98. Sul punto v. anche M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 62, ove si sottolinea che «non è chiaro se il riferimento alle "attività punite" sia da intendersi alle attività di sfruttamento della prostituzione o comunque sessuale e di sfruttamento dei minori ovvero al favoreggiamento dell'ingresso illegale a dette finalità».

dei casi previsti dai commi precedenti», vale a qualificare il reato in esame come *post factum* non punibile rispetto al favoreggiamento della immigrazione irregolare di cui al primo comma. In particolare, è stato evidenziato che ciò che rileva ai fini distintivi è la prossimità spazio-temporale della condotta agevolatoria rispetto all'ingresso *contra ius* del migrante: se tale condotta è strettamente contigua in termini spazio-temporali a quella di ingresso, allora trova applicazione la sola fattispecie di favoreggiamento di cui al primo comma⁴⁰⁹; se, viceversa, la stessa non presenta un collegamento sufficientemente stretto con l'ingresso irregolare, allora si configura a carico dell'agente il solo delitto di favoreggiamento della permanenza di cui al quinto comma⁴¹⁰.

La seconda clausola di riserva, invece, recante «salvo che il fatto non costituisca più grave reato», pone la disposizione in esame in posizione di sussidiarietà rispetto alle altre e più severe disposizioni tipizzate sia all'interno del Testo Unico, che al di fuori di esso. A tal riguardo, piuttosto controverso è il rapporto tra l'art. 12, co. 5, T.U. imm. e l'art. 22, co. 12, T.U. imm. che «punisce il fatto del datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze cittadini extracomunitari privi del permesso di soggiorno». Sul punto sembra prevalente l'impostazione secondo cui il reato di favoreggiamento si pone in rapporto di specialità rispetto all'occupazione illecita di cittadini extracomunitari, nell'ambito del quale l'elemento specializzante è dato dal dolo specifico di ingiusto profitto che non sussiste per il solo fatto di reclutare manodopera clandestina. In sostanza, mentre il reato di cui all'art. 22, co. 12, T.U. imm. è integrato in presenza della semplice assunzione o mantenimento alle proprie dipendenze dello straniero “in nero”, per la sussistenza del favoreggiamento della

⁴⁰⁹ P. PISA, *Favoreggiamento, sfruttamento e illecita utilizzazione di immigrati irregolari*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 62, ove l'Autore cita come esempio «la sottrazione dei clandestini ai controlli delle forze di polizia e il loro avvio verso località lontane dal luogo dello sbarco».

⁴¹⁰ Analogamente anche M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 48, secondo cui «rientrano nell'ambito di operatività del primo comma le attività che vengono realizzate successivamente all'ingresso degli stranieri nel territorio nazionale, se funzionalmente connesse con esso. Costituiscono viceversa, ipotesi punibili ai sensi del quinto comma dell'art. 12 quei comportamenti che non presentano un collegamento diretto con l'ingresso *contra ius*». A tal riguardo cfr. M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 174, il quale sottolinea che attraverso il ricorso al criterio della immediatezza spazio-temporale «è stato esteso l'ambito di applicazione del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale a scapito del delitto di favoreggiamento della permanenza, la cui applicazione avrebbe contratto il controllo penale».

permanenza illegale è necessario che si fuoriesca dal rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera o perché gli stranieri vengono impiegati in attività illecite o perché si impongono condizioni gravose e discriminatorie⁴¹¹.

Tale soluzione viene tuttavia capovolta a fronte della fattispecie aggravata introdotta all'art. 22, co. 12-*bis*, T.U. imm. dal d.lgs. n. 109/2012. Infatti, «la nuova aggravante tipizza proprio quella situazione di sfruttamento profittatorio che, prima della riforma, era ritenuta caratteristica del reato di cui all'art. 12, co. 5, e del resto, la sanzione risultante dall'applicazione dell'aggravante è più elevata di quella prevista per tale fattispecie incriminatrice (4 anni e 6 mesi di pena massima con la nuova aggravante, 4 anni la pena massima dell'art. 12 co. 5), con conseguente applicazione della clausola di riserva ivi contenuta»⁴¹².

Vale, da ultimo segnalare come, a seguito dell'introduzione dell'art. 603-*bis* c.p. (“Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”) si sia posto il problema di ricostruire il rapporto intercorrente tra questa nuova fattispecie e la disposizione in esame, questione tendenzialmente risolta nel senso del concorso effettivo di reati facendo leva sulle diverse modalità di realizzazione della condotta e sul differente bene giuridico tutelato⁴¹³.

8. Il favoreggiamento “abitativo” al fine di trarre un ingiusto profitto

La fattispecie di “favoreggiamento abitativo” è stata inserita all'art. 12, co. 5-*bis*, T.U. imm. ad opera del d.l. n. 92/2008 che, sebbene adottato con l'obiettivo di ampliare l'area di rilevanza penale delle condotte agevolative della permanenza degli stranieri irregolari, all'esito di un tormentato *iter* di conversione è, invece,

⁴¹¹ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2722. Non manca, peraltro, chi ricostruisce il rapporto tra le disposizioni in esame in termini di specialità reciproca o bilaterale. In tal senso A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 82, ove si evidenzia che, accanto ad un nucleo oggettivo comune rappresentato dalla situazione di permanenza irregolare di uno straniero sul territorio, l'art. 22, co. 12, T.U. imm. si qualifica come reato proprio del datore di lavoro, mentre l'art. 12, co. 5, T.U. imm. si caratterizza per il dolo specifico dell'ingiusto profitto, che non sussiste per il solo fatto dell'assunzione al lavoro di immigrati clandestini. Ne consegue l'applicazione della norma che punisce il fatto più grave, ovvero l'art. 12, co. 5, T.U. imm.

⁴¹² L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in *archiviopcd.dirittopenaleuomo.org*, 3 settembre 2012.

⁴¹³ Cfr. A. GIULIANI, *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015, p. 200 ss.

addivenuto ad un risultato normativo per certi versi opposto a quello inizialmente immaginato⁴¹⁴.

A tal riguardo, giova rammentare che la previsione contenuta nella versione originaria del decreto legge sopra menzionato si limitava a prevedere la punibilità di chiunque cedesse a titolo oneroso un immobile di cui avesse la disponibilità ad un cittadino straniero irregolarmente soggiornante sul territorio dello Stato.

All'indomani delle modifiche intervenute in sede di conversione, il legislatore ha ampiamente riformulato la fattispecie, così addivenendo all'attuale previsione normativa che punisce due diverse condotte corrispondenti al cedere, anche in locazione, un immobile e nel dare alloggio ad uno straniero privo di titolo di soggiorno. La «cessione» – rispetto alla quale la locazione rappresenta un'ipotesi esemplificativa – sussiste a fronte di una qualsiasi attività negoziale volta alla costituzione o al trasferimento, a titolo oneroso, di diritti reali o personali di godimento. La condotta consistente nel «dare alloggio», invece, si perfeziona con la semplice messa a disposizione di un immobile in favore di un migrante irregolare a fini abitativi, a prescindere dalla condizione di coabitazione con altre persone o di utilizzo esclusivo del bene⁴¹⁵. Il *discrimen* tra le due fattispecie si colloca, dunque, sul piano dell'esistenza o meno di un negozio traslativo di diritti reali o personali di godimento concluso tra l'autore della condotta e lo straniero⁴¹⁶.

Piuttosto controverso è il momento consumativo delle fattispecie descritte, questione che si iscrive nel più ampio problema della qualificazione di queste previsioni come reati istantanei ovvero permanenti. L'orientamento maggioritario propende per la prima soluzione e ritiene che il reato si perfezioni con la stipula del negozio giuridico di cessione dell'immobile o di messa a disposizione dell'alloggio

⁴¹⁴ Cfr. M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 65 ss.

⁴¹⁵ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2726.

⁴¹⁶ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 68, il quale evidenzia che «occorre coordinare entrambe le condotte previste dal comma 5-bis con la sanzione amministrativa contemplata dall'art. 7 T.U., a mente del quale chiunque, a qualsiasi titolo, dà alloggio ovvero ospita uno straniero ovvero cede allo stesso la proprietà o il godimento di beni immobili è tenuto a darne comunicazione scritta, entro il termine di quarantotto ore, all'autorità di pubblica sicurezza; in presenza di un'ipotesi in cui il concedente dia la disponibilità di un alloggio ad un cittadino extracomunitario irregolare omettendo al contempo di darne comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza, si verificherà un concorso tra la sanzione penale e quella amministrativa, attesa la differenza di interessi tutelati».

in favore del soggetto agevolato. Applicando lo schema dei reati a condotta frazionata, la dottrina ha precisato che, nel caso in cui il momento del patto e quello della consegna dell'alloggio siano temporalmente distinti, è quest'ultimo a segnare il momento perfezionativo del reato⁴¹⁷. Del resto, è stata proprio la successiva novella del 2009 a confermare che è rispetto a tali momenti – stipulazione del contratto o *datio rei* – che va verificata la sussistenza della condizione di irregolarità dello straniero, non rilevando il sopravvenuto difetto del titolo di soggiorno nel corso dell'ordinario svolgimento del rapporto.

Con riferimento all'elemento soggettivo della fattispecie, è doveroso evidenziare che mentre la previsione originariamente prevista dal decreto legge tipizzava un reato a dolo generico, l'attuale formulazione, così come risultante all'esito della procedura di conversione, delinea un delitto a dolo specifico qualificato dal perseguimento di un profitto ingiusto⁴¹⁸. Proprio la modifica di tale elemento, oltre ad aver stravolto l'originario intento politico-criminale della novella, ha finito con il creare non pochi problemi di coordinamento con il favoreggiamento della permanenza *contra ius* descritto nel comma precedente.

A tal riguardo, un primo orientamento evidenzia che se è vero che in entrambe le previsioni si richiama il dolo specifico dell'ingiusto profitto, è altrettanto evidente che solo nel favoreggiamento della permanenza irregolare la norma richiede che tale vantaggio derivi dalla condizione di illegalità del soggetto agevolato. In altre parole, la fattispecie in esame non prevede che il lucro sia tratto dallo sfruttamento della condizione di clandestinità dello straniero, ma solo che esso coincida con «qualsivoglia vantaggio economico che l'alienazione o la locazione al clandestino produca al dante causa e che si possa ritenere *contra jus*»⁴¹⁹, prestandosi, così, ad abbracciare tutte quelle condotte lucrative che prescindono dall'arrecamento al cittadino extracomunitario di un pregiudizio economico o personale, in quanto

⁴¹⁷ S. ZIRULIA, sub *art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2726.

⁴¹⁸ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 68 ss.

⁴¹⁹ P. PISA, *Favoreggiamento, sfruttamento e illecita utilizzazione di immigrati irregolari*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 269.

condotte che favoriscono la perpetuazione di un permanente circuito di illegalità in violazione della vigente normativa fiscale, civile, penale o amministrativa⁴²⁰.

Altra parte della dottrina ha, tuttavia, replicato che una simile lettura finirebbe con il ricostruire il contenuto precettivo dell'art. 12, co. 5-*bis*, T.U. imm. in modo del tutto sganciato dal suo disvalore tipico, «il quale risiede [...] in una particolare forma di agevolazione della permanenza illegale dello straniero, e non può essere deviato verso finalità di tutela – ad esempio quella a carattere fiscale – del tutto estranee alla materia immigratoria, peraltro già presidiate dalla normativa penale di settore»⁴²¹. In questa prospettiva, allora, il dolo specifico del delitto in esame viene ricostruito in termini sostanzialmente analoghi a quello caratterizzante il favoreggiamento della permanenza illegale, di talché per la sua configurazione non sarà sufficiente la mera onerosità della cessione, ma occorrerà accertare che il cedente abbia voluto trarre un indebito vantaggio dalla situazione di irregolarità dello straniero, ad esempio locando l'immobile a condizioni contrattuali molto più svantaggiose rispetto a quelle normalmente praticate sul mercato⁴²².

Non può trascurarsi di considerare che l'adesione alla prospettiva ermeneutica da ultimo considerata rischia di trasformare la previsione in esame in una norma sostanzialmente inutile, in quanto volta a punire un comportamento già pacificamente riconducibile entro l'alveo applicativo della più generale fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale. E tuttavia, un ambito di autonoma operatività potrebbe comunque essere ricavato dalla considerazione secondo cui la fattispecie di cessione di immobile può perfezionarsi anche in presenza del mero accordo in ordine alla cessione non accompagnato dall'effettiva immissione nel possesso, ipotesi che, invece, non potrebbero essere sussunte entro l'art. 12, co. 5, T.U. imm. che si perfeziona solo con l'accertamento dell'evento⁴²³.

⁴²⁰ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 110, ove l'Autore evidenzia che si tratta di violazioni «destinate a mettere astrattamente in pericolo la sicurezza, se consentono il permanere di alloggi illegali di clandestini e, ad un tempo, avvantaggiano i titolari di immobili di vantaggi illeciti, sì da perpetuare un permanente circuito di illegalità».

⁴²¹ S. ZIRULIA, sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, cit., p. 2730. Analogamente cfr. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali e negazione reale dei diritti, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., p. 25.

⁴²² A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 87.

⁴²³ A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 88.

9. Cenni sugli illeciti amministrativi. La nuova rilevanza penale del divieto di transito e sosta di navi nel mare territoriale

Prima dell'adozione del recentissimo d.l. 22 ottobre 2020, n. 130⁴²⁴, l'art. 12 T.U. imm. – accanto alla molteplicità di previsioni incriminatrici e fattispecie circostanziate appena esaminate – contemplava anche due diversi illeciti di carattere amministrativo.

Il primo, ancora vigente, è tipizzato all'art. 12, co. 6, T.U. imm. e sanziona il fatto del vettore aereo, marittimo e terrestre che non verifichi il possesso, da parte dello straniero trasportato, dei documenti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato e che non riferisca alla polizia di frontiera l'eventuale presenza a bordo di stranieri irregolari⁴²⁵.

Il secondo, introdotto all'art. 12, co. 6-*bis* T.U. imm. dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (c.d. “decreto sicurezza-*bis*”)⁴²⁶, disponeva, a presidio del potere di veto sull'ingresso, il transito o la sosta di imbarcazioni in acque territoriali riconosciuto in capo al Ministro dell'interno (art. 11, co. 1-*ter*, T.U. imm.), l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che andava da 150.000 a 1 milione di euro, oltre che la confisca obbligatoria della nave utilizzata per commettere la violazione⁴²⁷.

Si trattava di una previsione in linea con la famigerata politica dei “porti chiusi” adottata dal Governo italiano a partire dal 2018 e sfociata in note vicende giudiziarie

⁴²⁴ Recante “Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-*bis*, 391-*bis*, 391-*ter* e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del *web* e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”. Per le novità introdotte in materia di protezione umanitaria, respingimenti e detenzione amministrativa degli stranieri v. *supra*, Cap. I, par. 4 ss.

⁴²⁵ La violazione di questi obblighi comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 3.500 a 5.500 euro per ciascuno straniero trasportato, oltre che la sospensione o la revoca del titolo abilitativo all'attività.

⁴²⁶ Recante “Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica”, conv. con modif. dalla l. 8 agosto 2019, n. 77.

⁴²⁷ Tale previsione ha generato non pochi dubbi di legittimità costituzionale a causa della manifesta sproporzione della sanzione comminata e dei profili di violazione del principio del *ne bis in idem*. La disposizione in parola, infatti, era preceduta da una clausola di apertura che faceva «salve le sanzioni penali» quando il fatto costituiva reato, sicché sembrava lasciare spazio all'applicazione delle sanzioni amministrative anche qualora la condotta dell'agente integrasse tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie penale, verosimilmente quella di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 T.U. imm. Tale assunto trovava conferma tanto della volontà del legislatore, quanto della formulazione letterale della norma, sensibilmente diversa dalle classiche clausole di sussidiarietà. Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 18 giugno 2019.

che hanno visto coinvolti anche Ministri della Repubblica, alcune delle quali ancora in corso di svolgimento⁴²⁸. Lo scopo della previsione, come agevolmente ricavabile dalla sanzione comminata a dir poco “esemplare”, era evidentemente quello di dissuadere i consociati e le organizzazioni non governative dal prestare soccorso ai migranti in difficoltà nell’attraversamento del Mediterraneo, in aperta violazione del dettato costituzionale e degli obblighi di intervento assunti dall’Italia in sede internazionale rispetto alle attività di *search and rescue at sea*. È probabilmente anche alla luce di tali rilievi critici che il più recente d.l. n. 130/2020, conv. con modif. dalla l. n. 173/2020, ha provveduto ad abrogare o, meglio, a rimodellare tale previsione che, espunta dal Testo Unico in materia di immigrazione, è stata ricondotta, con rilevanza penale, sotto l’ambito di applicazione del Codice della navigazione⁴²⁹. Più dettagliatamente, il legislatore ha previsto che, fermo restando il potere di veto del transito e della sosta di navi già attribuito ex art. 83 cod. nav. al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti «per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare [...] il Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, [...] può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale»⁴³⁰. In ogni caso, tanto a fronte delle direttive impartite dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, quanto per le direttive adottate dal Ministro dell’interno, la violazione delle prescrizioni comporta

⁴²⁸ Cfr. *Infra*, Cap. IV, par. 3. Sul delicato rapporto tra autorizzazione a procedere e responsabilità penale dei componenti del Governo, riproposti in occasione del “caso Diciotti”, si rimanda all’approfondita analisi di L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all’irresponsabilità penale dei Ministri*, Torino, 2020.

⁴²⁹ L’art. 1, co. 2, primo periodo, del d.l. n. 130/2020 stabilisce che: «Fermo restando quanto previsto dall’articolo 83 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all’articolo 19, paragrafo 2, lettera g), della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689, limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, il Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, e previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale».

⁴³⁰ Cfr. G. MENTASTI, *L’ennesimo ‘decreto immigrazione-sicurezza’ (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, cit.; ID., *Il decreto ‘immigrazione-sicurezza’ (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in www.sistemapenale.it, 15 gennaio 2021.

la pena della reclusione fino a due anni, nonché la multa da 10.000 a 50.000 euro *ex art. 1102 cod. nav.*⁴³¹.

Restano, tuttavia, escluse dall'ambito applicativo di questa nuova fattispecie le operazioni di *search and rescue* immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente (e allo Stato di bandiera) ed effettuate nel rispetto delle indicazioni impartite «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»⁴³². Tale specificazione, tutt'altro che marginale, sembra volta ad evitare il ripetersi di episodi di illecito respingimento da parte delle autorità italiane che, attraverso la comunicazione di luoghi di sbarco non rispondenti agli *standard* di sicurezza normativamente imposti, si sono in più occasioni rese autrici di sostanziali elusioni del divieto di *refoulement* costituzionalmente e convenzionalmente sancito⁴³³.

10. Un possibile rovesciamento della prospettiva alla luce delle risultanze criminologiche sul traffico di migranti

Prima di sviluppare alcune considerazioni finali sulle fattispecie incriminatrici innanzi esaminate, sembra opportuno approfondire l'analisi dei profili empirici di maggior interesse legati al fenomeno del traffico di migranti.

⁴³¹ L'art. 1, co. 2, ultimo periodo, del d.l. n. 130/2020, conv. con modif. dalla l. 173/2020, stabilisce che: «Nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione e la multa da euro 10.000 ad euro 50.000».

⁴³² L'art. 1, co. 2, secondo periodo, del d.l. n. 130/2020, conv. con modif. dalla l. 173/2020, recita: «Non trovano comunque applicazione le disposizioni del presente comma nell'ipotesi di 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 soccorso in mare, emesse in base agli 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 organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria».

⁴³³ Per un approfondimento della disciplina internazionale vigente in materia di *search and rescue at sea* e per gli eventuali profili di responsabilità configurabili a carico delle competenti autorità di coordinamento cfr. *infra*, Cap. IV, par. 3.

La produzione di studi sul tema, oggetto di crescente attenzione da parte della comunità scientifica, permette, infatti, di gettare una diversa luce sugli attori e sulle vicende considerate, la cui piena cognizione e comprensione costituiscono una precondizione essenziale all'esame critico della disciplina vigente.

Nonostante la scarsità di dati disponibili, l'attività illecita in esame viene tradizionalmente annoverata tra i traffici delittuosi più redditizi dell'età contemporanea⁴³⁴. La domanda dei "servizi di trasporto" offerti dagli *smugglers* è, infatti, andata progressivamente aumentando nel corso del tempo⁴³⁵, a dimostrazione del fatto che l'irrigidimento della disciplina di ingresso e soggiorno dei Paesi occidentali e l'aumento dei controlli alle frontiere sembrano avere non già scoraggiato, ma indotto le organizzazioni criminali a specializzarsi nella ricerca di valide modalità di elusione dei sistemi di monitoraggio dei confini⁴³⁶.

E tuttavia, l'indagine empirica condotta lungo alcune delle principali rotte migratorie restituisce un'immagine del traffico di migranti profondamente diversa da quella che viene normalmente proposta nelle narrazioni politiche o nelle rappresentazioni *mass*-mediatiche, nell'ambito delle quali è frequente il riferimento a gruppi criminali di grandi dimensioni che operano attraverso apparati organizzativi ben strutturati. Non è un caso, del resto, il fatto che nel contesto normativo sovranazionale il discorso relativo al contrasto allo *smuggling of migrants* sia stato più volte legato a quello alla lotta alla criminalità organizzata transnazionale, come avvenuto rispetto alla disciplina della Convenzione di Palermo e dei suoi Protocolli addizionali.

Tali accostamenti, però, non devono indurre a ritenere in qualche modo assimilabili tali organizzazioni criminali alle nostrane associazioni di stampo

⁴³⁴ Cfr. UNODC, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, in www.unodc.org, Vienna, 2011, p. 81 ss.

⁴³⁵ Cfr. IOM, *Migrant Smuggling Data and Research: a global review of the emerging evidence base*, edited by M.L. McAuliffe and F. Laczko, Geneva, 2016, p. 1 ss.

⁴³⁶ L. ACHILLI, *The "Good" Smuggler: The Ethics and Morals of Human Smuggling among Syrians*, in *The Annals of the American Academy*, vol. 676(1), 2018, p. 93; A. TRIANDAFYLLIDOU, *Migrant smuggling: Novel Insights and Implications for Migration Control Policies*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 676(1), 2018, p. 212 ss., ove l'Autrice rileva che «*researchers have demonstrated that the increase in effectiveness of control policies has accompanied an increase in smugglers' capacity to deliver specialized services to would-be migrants in a systematic and standardized way*».

mafioso⁴³⁷. A dispetto delle semplificazioni giornalistiche, sussistono numerose differenze tra le realtà criminologiche considerate, particolarmente evidenti rispetto alla struttura organizzativa entro la quale si inseriscono le condotte incriminate: le associazioni di carattere mafioso, infatti, si sviluppano verticalmente, sulla base di una rigida divisione gerarchica dei ruoli interni, e sono connotate da un forte accentramento nella gestione degli affari illeciti; diversamente, i soggetti impegnati nel c.d. “contrabbando di migranti” agiscono per lo più individualmente o attraverso piccoli gruppi di persone che solo raramente presentano connotazioni verticistiche. Si tratta, infatti, di strutture agili che si sviluppano orizzontalmente e che vanno a formare una fitta rete di relazioni in cui ciascun componente resta autonomo nella gestione dell’attività e, anzi, agisce spesso in competizione rispetto agli altri attori in una dimensione prevalentemente locale⁴³⁸.

L’analisi criminologica del fenomeno migratorio consente, peraltro, di mettere in discussione, oltre alla rappresentazione ricorrente delle organizzazioni criminali impegnate nello *smuggling*, anche la stessa figura del favoreggiatore, tradizionalmente ritratto come un individuo di scarsa moralità, pronto a qualsiasi tipo di violenza o abuso pur di conseguire un profitto ai danni del migrante-vittima. Alcune recenti ricerche⁴³⁹, partendo dalla constatazione dell’estrema eterogeneità della realtà fenomenologica considerata, evidenziano, infatti, come lo *smuggler* non sia altro che un procacciatore di un servizio illegale di trasporto particolarmente costoso per l’intrinseca rischiosità della prestazione offerta e per la forte instabilità

⁴³⁷ P. MONZINI, F. PASTORE, G. SCIORTINO, *Schengen’s Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders to Italy*, in *International Migration*, vol. 44(4), 2006, p. 95 ss., ove gli Autori evidenziano che «*In many intelligence analyses, as well as in many academic papers, the relationships between these roles (organizers, passeurs, trouble shooters, recruiters, etc.) are often described as belonging to formalized organizations with precise hierarchies and chains of command, or at least to a fairly tight hierarchy of organizational levels. The word “mafia” is also used quite often, as well as the assumption that such business must have some kind of affiliation with all purpose organized crime. The available evidence, however, shows how the roles mentioned above are usually connected by a network of contracts and expectations which are quite flexible*».

⁴³⁸ Tale riflessione, condivisa da gran parte degli studi criminologici sul fenomeno, è stata recentemente convalidata da una ricerca che ha interessato i flussi migratori del Corno d’Africa diretti in Europa attraverso la rotta mediterranea, dalla quale è emersa l’impossibilità di provare l’esistenza di un’organizzazione criminale centrale impegnata nel traffico di migranti e l’assenza di evidenze che dimostrino un qualche coinvolgimento della Mafia siciliana. Per maggiori approfondimenti si rinvia a P. CAMPANA, *Out of Africa: The organization of migrant smuggling accross the Mediterranean*, in *European Journal of Criminology*, vol. 15(4), 2018, pp. 481 ss.

⁴³⁹ M. NESKE, *Human Smuggling to and through Germany*, in *International Migration*, vol. 44(4), 2006, p. 121 ss.

del mercato di riferimento. Gli stessi migranti, d'altro canto, sono soliti percepire il pagamento dei suddetti servizi come una sorta di polizza assicurativa sul viaggio o, comunque, come un meccanismo protettivo necessario a ridurre l'incertezza e i rischi insiti nell'attraversamento clandestino delle frontiere⁴⁴⁰, in uno scenario complessivo in cui l'inganno e lo sfruttamento sono molto meno comuni di quanto lascino credere le stime pubblicate nei Paesi di destinazione.

In questa diversa prospettiva, le attività di traffico si collocano in una dimensione professionale che con notevole frequenza si intreccia con una contigua sfera di doveri morali e/o sociali. Sovente, infatti, i servizi in parola vengono forniti nell'ambito di gruppi etnicamente caratterizzati o all'interno di contesti comunitari che impongono ai "trafficienti" un equo bilanciamento tra il profitto perseguito e gli *standard* di sicurezza da assicurare ai propri clienti, anche perché il buon esito del viaggio è essenziale per la valutazione di affidabilità del servizio e, dunque, per garantire continuità all'attività⁴⁴¹.

L'esistenza e la centralità di rapporti interpersonali lontani dai paradigmi di violenza e sopraffazione prefigurati della narrazione dominante, del resto, traspaiono con evidenza anche dalla natura del principale mezzo di pagamento utilizzato dai migranti per l'attraversamento dei confini, rappresentato dal c.d. "sistema *hawala*", ovvero un'attività di intermediazione finanziaria, interamente basata sulla fiducia, che consente il trasferimento di denaro al di fuori dei tradizionali circuiti bancari a livello globale e senza alcuna tracciabilità dei valori⁴⁴².

Sulla scorta di tali considerazioni è dunque possibile ritenere che il sostrato fenomenologico dei delitti di favoreggiamento sia molto più complesso ed eterogeneo di quello assunto a modello dalle incriminazioni contenute nell'art. 12

⁴⁴⁰ In questi termini Z. SHELDON, G. SANCHEZ, L. ACHILLI, *Crimes of Solidarity in Mobility: alternative views on migrant smuggling*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science. Special Issue on Migrant Smuggling*, vol. 676(1), 2018, p. 13, ove si parla proprio di «an insurance policy or a protection scheme to reduce the uncertainty and hazard inherent in clandestine border crossings».

⁴⁴¹ Cfr. V. PUNZO, *I traffici illeciti nel mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, cit., p. 37.

⁴⁴² C. FERRARA, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo in un ufficio giudiziario di frontiera*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, cit., p. 214 ss., ove si precisa che «sebbene conosca diverse varianti, il sistema si basa su un trasferimento di denaro attraverso una rete di mediatori *hawala* o *hawaladars*: in sintesi, il cliente avvicina un *broker hawala* in una città e gli consegna una somma da trasferire ad un destinatario che si trova in un'altra città. Il *broker hawala* contatterà un suo omologo presente nella città del destinatario, darà delle disposizioni sui fondi (di solito, sottraendo una piccola commissione) e prometterà di saldare il debito in una data successiva».

T.U. imm. Ciò nonostante, il legislatore e i *mass-media* continuano a propinare un'immagine dello *smuggling* estremamente semplificata – ridotta al binomio trafficante/vittima – in un'ottica funzionale all'oscuramento delle più profonde cause che si celano dietro alle migrazioni contemporanee. In tal senso, è infatti agevole rilevare come la canalizzazione dell'attenzione dei consociati su episodi connotati da un forte sensazionalismo mediatico consenta di trascurare l'incidenza e la responsabilità da attribuire alle «politiche di chiusura delle frontiere e di non accoglienza dell'immigrazione seguite da almeno un decennio specialmente in Europa»⁴⁴³, a fronte delle quali le attività di favoreggiamento così tanto vituperate rappresentano quasi sempre l'unica possibilità di movimento concessa ai migranti entro le disuguaglianze, sempre più marcate, della mobilità globale⁴⁴⁴.

11. Spunti di riflessione per una sistematica differenziata dei delitti di favoreggiamento

Alla luce dell'esame congiunto del dato normativo e dei rilievi criminologici innanzi riportati, sembra possibile formulare alcune osservazioni critiche *de lege lata* sulla disciplina vigente e sviluppare alcuni spunti di riflessione *de lege ferenda*.

Come si è cercato di mettere in evidenza, la disposizione che fonda la punibilità dei delitti di favoreggiamento delle migrazioni irregolari delinea un modello di incriminazione ben lontano dai canoni di legislazione penale individuati dalla migliore tradizione penale di matrice illuminista, frutto in parte della confusa stratificazione normativa e, in altra parte, dell'adozione di scelte politico-criminali poco meditate, in linea con la logica dell'emergenza e con l'uso simbolico del diritto penale.

L'estremo rigore normativo con cui il legislatore ha sistematicamente fronteggiato i fatti di favoreggiamento potrebbe suggerire la condivisione di una logica di massima tutela dei migranti trafficati, così come, del resto, suggerisce

⁴⁴³ A. CAPUTO, *Interrogativi sul neo-schiavismo*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 837.

⁴⁴⁴ In questo senso cfr. L. ACHILLI, *The "Good" Smuggler: The Ethics and Morals of Human Smuggling among Syrians*, cit., pp. 92-93, ove l'Autore evidenzia che eradicare queste forme di criminalità senza affrontare le cause delle migrazioni irregolari risulterebbe inutile perché le organizzazioni del traffico sono profondamente legate al fenomeno migratorio.

l'immagine corrente dei fenomeni considerati che ritrae i migranti come le vittime di organizzazioni criminali senza scrupoli⁴⁴⁵.

In realtà, dietro la retorica securitaria e fintamente umanitaria che accompagna i racconti giornalistici e le relazioni illustrative dei provvedimenti normativi di emergenza, si cela un unico interesse, quello nazionale ed europeo al controllo dei propri confini.

Tale considerazione trova conforto, in primo luogo, nel bene giuridico tutelato dall'art. 12 T.U. imm., che, anche in quelle previsioni circostanziate particolarmente attente alla considerazione dello stato di debolezza in cui versa il migrante, resta sempre la salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza interna.

Un'ulteriore conferma in tal senso si trae, poi, dall'ambito di applicazione estremamente ampio delle fattispecie di favoreggiamento che, sul piano oggettivo, strutturano dei delitti a consumazione anticipata e, sul piano soggettivo, richiedono, per il loro perfezionamento, la sussistenza del solo dolo generico. Né tale rilievo sembra superabile in ragione della tipizzazione, contenuta nel secondo comma, di una causa di esclusione della punibilità per le condotte finalizzate a scopi assistenziali, dato che l'operatività della c.d. "scriminante umanitaria" è subordinata alla previsione, particolarmente stringente, di una doppia clausola di territorialità.

In questa direzione, peraltro, vale notare l'ambiguità della norma nel distinguere, da un lato, l'incondizionata punibilità del favoreggiamento "mediante trasporto" – rispondente alla logica della "terra bruciata" e della "tolleranza zero" verso gli stranieri irregolari⁴⁴⁶ – e, dall'altro, la limitata punibilità del favoreggiamento della permanenza, conforme all'idea di una maggior tolleranza verso i reati di favoreggiamento più facilmente realizzabili da cittadini italiani, ovvero quelli di sfruttamento abitativo⁴⁴⁷.

Le criticità fin qui evidenziate mettono, quindi, in discussione l'opportunità di mantenere nel nostro ordinamento simili fattispecie incriminatrici ed impongono una seria rimediazione della disciplina, il cui imprescindibile punto di partenza sembra

⁴⁴⁵ M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., p. 169.

⁴⁴⁶ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali e negazione reale dei diritti, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., p. 67 ss.

⁴⁴⁷ P. PISA, *Favoreggiamento, sfruttamento e illecita utilizzazione di immigrati irregolari*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, cit., p. 273.

rappresentato dall'adozione di soluzioni differenziate rispetto ai diversi interessi coinvolti nel fenomeno considerato: da una parte, quello statale al contrario delle frontiere, dall'altro, quello dei migranti alla sottrazione a forme di sfruttamento illecito.

12. La riforma dei reati di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione irregolare

È stato già evidenziato che l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, quale particolare espressione dell'ordine pubblico, rappresenta il fulcro dell'attuale modello di incriminazione dei delitti di favoreggiamento e, parimenti, è stata già rilevata l'inopportunità di apprestare tutela penale a quella che costituisce non un bene giuridico, ma una mera *ratio* di tutela magari presidabile attraverso sanzioni di carattere amministrativo⁴⁴⁸.

Ciò nondimeno, tale ordine di idee si pone in un contrasto irriducibile con gli obblighi di penalizzazione derivanti dall'Unione europea la quale, in materia di *facilitation of unauthorised entry*, ha imposto agli Stati membri di intervenire con sanzioni non solo «proporzionate, efficaci e dissuasive», ma anche di natura penale, prescrivendo addirittura il loro carattere detentivo in presenza di determinati presupposti.

Al di là dei rilievi critici che attengono alla legittimità costituzionale di simili forme di ingerenza normativa in materia penale⁴⁴⁹, deve tuttavia ritenersi che il legislatore interno, impossibilitato a ricorrere a scelte di depenalizzazione, possa però provvedere a riqualificare la fattispecie base di favoreggiamento mutandone la natura da “delitto” a “contravvenzione”, eventualmente punita solo con pena pecuniaria sulla falsariga di quanto disposto per l'ingresso e il soggiorno irregolare di cui all'art. 10-*bis* T.U. imm. Si delineerebbe, in tal modo, un compasso sanzionatorio più proporzionato rispetto al disvalore complessivo del fatto, anche se resterebbero

⁴⁴⁸ *Supra*, Cap. III, par. 1.

⁴⁴⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 921 ss.; V. MASARONE, *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti*, cit., p. 133 ss.

ferme le perplessità in ordine all'imposta rilevanza penale attribuita a condotte di mera trasgressione di una disciplina amministrativa.

Un simile intervento, pertanto, non permetterebbe di trascurare la necessità di modificare in senso estensivo l'ambito di applicazione della scriminante umanitaria tipizzata al secondo comma. Per quanto, infatti, attraverso la riqualificazione prospettata si possa riportare entro parametri di ragionevolezza il trattamento sanzionatorio del favoreggiamento, resta imprescindibile l'esigenza di escludere qualsiasi tipo di intervento punitivo per condotte realizzate per ragioni umanitarie e tale risultato può essere seriamente conseguito solo eliminando dall'attuale previsione dell'art. 12, co. 2, T.U. imm. il riferimento alla doppia clausola di territorialità, che subordina l'esclusione della punibilità dell'agente alla presenza sul territorio italiano sia delle condotte di aiuto, che della posizione dello straniero agevolato. In altre parole, l'operatività della scriminante dovrebbe correlarsi solo all'accertamento di attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate nei confronti degli stranieri che versano in condizioni di bisogno, in maniera tale da farvi riconfluire sia le condotte realizzate all'estero ma rientranti nella giurisdizione italiana, sia le condotte di favoreggiamento rivolte a migranti non ancora presenti sul territorio dello Stato⁴⁵⁰.

13. Alla ricerca del “bene perduto”

L'art. 12 T.U. imm. prevede, accanto a disposizioni strettamente legate alla difesa dei confini, una pluralità di previsioni che, invece, assumono quale centro di tutela la persona del migrante.

In questa direzione, viene in rilievo, in primo luogo, quel gruppo di circostanze aggravanti di cui all'art. 12, co. 3, lett. b) e c), T.U. imm. qualificate dall'esposizione a pericolo della vita del trasportato e dalla sottoposizione dello stesso a trattamento disumano o degradante, fattispecie che, invero, esprimono un contenuto irrimediabilmente indeterminato, a tratti tautologico, alle quali, pertanto, in un'ottica di razionalizzazione normativa, si potrebbe senz'altro rinunciare per lasciare spazio

⁴⁵⁰ Cfr. *supra*, Cap. III, par. 4, nota 355. Per un approfondimento sul concetto di stato di bisogno cfr. A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

all'applicazione delle tipiche ipotesi di offesa all'incolumità o alla dignità della persona contenute nel Titolo XII del codice.

Tra le previsioni connotate dalla potenziale lesione ai diritti propri dei migranti possono, poi, farsi rientrare anche gli elementi accidentali contemplati dall'art. 12, co. 3-ter, lett. a), T.U. imm., relativi alla sussistenza di un fine di sfruttamento sessuale, lavorativo o minorile da parte dell'agente. Come già si è avuto modo di rilevare, di frequente tali fattispecie finiscono con il sovrapporsi all'ambito di applicazione del delitto di tratta (art. 601 c.p.) – segnatamente, con la previsione tipizzata al secondo periodo del primo comma⁴⁵¹ –, di talché l'abrogazione delle suddette fattispecie non solo non pregiudicherebbe la tutela delle vittime ma, anzi, favorirebbe la semplificazione della disciplina.

Da ultimo, nel novero delle disposizioni di cui all'art. 12 T.U. imm. che sembrano porsi a tutela del migrante, possono ricomprendersi anche i delitti di favoreggiamento della permanenza irregolare (art. 12, co. 5, T.U. imm.) e di favoreggiamento abitativo (art. 12, co. 5-bis, T.U. imm.), entrambi connotati, secondo un'interpretazione adeguatrice ormai prevalente in dottrina, da uno scopo di ingiusto profitto derivante dalla condizione di irregolarità del migrante. Non occorre, però, trascurare il fatto che, all'esito di tale lettura, si registra una sostanziale sovrapponibilità tra queste due fattispecie – dato che la cessione di immobile a fine di profitto è certamente ricompresa nel favoreggiamento della permanenza a fine di profitto – il che suggerirebbe, in un'ottica di riordino della materia, l'abrogazione della previsione di cui all'art. 12, co. 5-bis, T.U. imm. che nell'attuale formulazione si riduce ad un inutile doppione della previsione incriminatrice tipizzata nel comma precedente.

Ne deriva che, all'esito della ricognizione proposta, le uniche fattispecie residue in grado di offrire un'effettiva tutela alla posizione del migrante agevolato sono quelle che incriminano il favoreggiamento dell'immigrazione o dell'emigrazione a scopo di profitto (art. 12, co. 3-ter, T.U. imm.) e il favoreggiamento della permanenza irregolare (art. 12, co. 5, T.U. imm.), nelle quali viene stigmatizzata la condotta di approfittamento di una particolare condizione di debolezza del migrante

⁴⁵¹ *Supra*, Cap. II, par. 6.

trasportato o del migrante irregolarmente presente sul territorio per scopi di profitto⁴⁵².

Sembra evidente che a fronte di simili condotte sopraffattorie il rimedio più immediato ed efficace per lo straniero sarebbe costituito dall'eliminazione a monte della sua condizione di debolezza attraverso il riconoscimento di vie legali di ingresso nel Paese. Fino a quando, tuttavia, il legislatore non prenderà atto dell'opportunità di addivenire ad una simile scelta di politica legislativa, pare quantomeno doveroso proporre una ridefinizione della posizione del migrante coinvolto in episodi di favoreggiamento.

13.1. Il nuovo delitto di traffico di migranti

Nella direzione tracciata, un primo passo può essere rappresentato dallo scorporo delle disposizioni a tutela dello straniero innanzi richiamate dal testo dell'art. 12 T.U. imm. e dalla loro riconduzione entro una nuova incriminazione, da affiancare ai reati di favoreggiamento, che sanziona la condotta di chi agevola per scopo di lucro l'ingresso irregolare di un soggetto sul territorio dello Stato.

Si delineerebbe, così, un modello "a doppia incriminazione" dei fatti di *smuggling* del tutto analogo a quello vigente in alcuni ordinamenti europei⁴⁵³ che, però, almeno a parere di chi scrive, non risulterebbe pienamente soddisfacente rispetto ai profili di tutela emergenti dalla prassi dal momento che la protezione della sfera soggettiva del migrante si inserirebbe nell'ambito di una fattispecie plurioffensiva in cui la tutela di questi si porrebbe pur sempre in una posizione subvalente rispetto all'interesse alla regolarità dei flussi migratori.

Si ritiene allora necessaria non solo la creazione di un'autonoma fattispecie di reato entro cui ricomprendere le suddette manifestazioni criminose, ma anche un mutamento dell'oggettività giuridica di riferimento, in una prospettiva più conforme

⁴⁵² Naturalmente, tale lettura congiunta impone di estendere allo scopo di profitto previsto dall'art. 12, co. 3-ter, T.U. imm. lo stesso significato che esso assume nell'ambito dell'art. 12, co. 5, T.U. imm., richiedendosi, pertanto, l'accertamento di un vantaggio ingiusto ricavato dalla condizione di irregolarità del migrante.

⁴⁵³ *Supra*, Cap. III, par. 6.2 e 6.3.

alla funzione critica assolta dal concetto di bene giuridico⁴⁵⁴ e più aderente al ruolo rivestito dal migrante nell'ambito delle vicende criminali legate ai fenomeni di *smuggling*.

Seguendo quest'ordine di idee, un valido punto di riferimento sembra poter essere individuato nel patrimonio dell'emigrante, dal momento che il nucleo duro dell'offesa nelle fattispecie considerate si concentra attorno allo scopo di lucro e alla condotta di approfittamento di una situazione di fragilità della vittima che, non disponendo di canali regolari di accesso al territorio di un determinato Stato, è costretta a ricorrere al servizio di trasporto illecito offertogli da terzi dietro la corresponsione di un corrispettivo spesso sproporzionato. Si potrebbe pensare che l'offesa al patrimonio, in realtà, abbia poco a che vedere con la situazione di vulnerabilità che caratterizza coloro che decidono di attraversare illegalmente i confini di un Paese alla ricerca di migliori condizioni di vita, ma l'obiezione è superata dall'accoglimento di una concezione personalistico-funzionale di patrimonio⁴⁵⁵. Tale nozione, infatti, a differenza di tutte le concezioni tradizionali (economica, giuridica, economico-giuridica), considera tale elemento come un'unità strutturata secondo esigenze personali alla quale viene accordata tutela «non perché, o non solo perché, determinati oggetti aventi valore economico sono attribuiti ad un soggetto, ma per il fatto che la disponibilità di quei beni assicura al soggetto un margine di sviluppo della sua personalità»⁴⁵⁶.

Ebbene, una siffatta concezione di patrimonio sembra quanto mai calzante in presenza di beni o sostanze riconducibili a chi è in procinto di emigrare, dato che le potenzialità economiche di tali soggetti si legano a situazioni personali di profondo disagio sociale che manifestano prospettive di crescita, personale e professionale, particolarmente concrete e meritevoli di tutela. Si tratta, in altri termini, di fattispecie nelle quali la valutazione del danno si concretizza in termini non tanto, o non solo, di

⁴⁵⁴ Per tutti, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 3 ss.

⁴⁵⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 62 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 7^a ed., Vicenza, 2018, p. 16 ss.; C. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, Napoli, 2013, p. 163 ss. *Contra*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, 7^a ed., Bologna, 2015, pp. 25-26, ove gli Autori evidenziano che «si tratta di una prospettiva di fondo senz'altro apprezzabile sotto il profilo ideologico e culturale: essa manifesta, tuttavia, un elevato tasso di problematicità ove ci si preoccupi di svilupparla in maniera conseguente e dettagliata sul terreno della tecnica penalistica di tutela».

⁴⁵⁶ S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p. 67.

saldo negativo che deriva dalla diminuzione e dall'accrescimento di singole parti del patrimonio, quanto di diminuzione della potenza economica del titolare del patrimonio⁴⁵⁷.

In quest'ottica, i delitti di favoreggiamento con scopo di profitto, sussumibili entro la nuova previsione del "traffico di migranti", potrebbero essere ricompresi – prendendo in considerazione la proposta sistematica avanzata da autorevolissima dottrina⁴⁵⁸ – entro la categoria dei delitti con cooperazione artificiosa della vittima, nella quale il soggetto passivo partecipa necessariamente alla realizzazione del fatto tipico mediante il compimento di un atto di disposizione patrimoniale in conseguenza di una condotta di sfruttamento della sua condizione di debolezza⁴⁵⁹. In particolare, la situazione di fragilità in cui versa il migrante nel momento in cui conviene con i favoreggiatori l'attraversamento dei confini o la permanenza irregolare sul territorio dello Stato si identifica in uno stato di debolezza essenzialmente giuridica, non artificiosamente creato dall'autore dell'illecito, ma preesistente, di cui il favoreggiatore approfitta sulla falsariga del modello delineato dalle fattispecie di circonvenzione di incapaci (art. 643 c.p.) o di usura (art. 644 c.p.). Prende forma, in questo modo, un "illecito di abuso"⁴⁶⁰ nel quale la promessa vincolante del migrante, come fonte di obbligazione, «intacca giuridicamente ed economicamente il patrimonio del promittente, arricchendo, per converso, il destinatario della prestazione»⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p. 64.

⁴⁵⁸ S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p. 111 ss., secondo cui, nell'ottica di una razionalizzazione dell'intera disciplina in materia di delitti contro il patrimonio, attraverso una valorizzazione del criterio delle modalità di aggressione ai beni considerati, è possibile giungere ad una opzione classificatoria che distingue almeno quattro diverse categorie: reati di aggressione unilaterale (o di spossessamento); reati con cooperazione artificiosa della vittima (o di sfruttamento); reati di infedeltà patrimoniale; reati che determinano la perpetuazione di una situazione anti-giuridica. Sul punto si veda pure S. MOCCIA, *Considerazioni de lege ferenda, sulla sistematica dei reati contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 410 ss.; C. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., p. 163 ss.

⁴⁵⁹ S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit. p. 129. Sulle modalità di aggressione al patrimonio cfr. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 39 ss., ove l'Autore evidenzia come sia il criterio del "mezzo" «a offrire l'appiglio più promettente a chi si accinga a riordinare e classificare la materia».

⁴⁶⁰ Cfr. C. PEDRAZZI, *La promessa del soggetto passivo come evento dei delitti contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, ove si sottolinea che in tali fattispecie «è il mezzo che dà ragione della pena».

⁴⁶¹ C. PEDRAZZI, *La promessa del soggetto passivo come evento dei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 351.

È proprio a tale evento, dunque, che si lega il momento perfezionativo del reato, il quale resterebbe immutato anche allorquando la dazione di quanto promesso provenga materialmente da un terzo. In queste ipotesi, infatti, oggetto di sfruttamento rimane comunque la posizione del migrante, unico centro di imputazione soggettiva cui fa riferimento quell'interesse economico-personale presidiato in via immediata dalla fattispecie incriminatrice, mentre il *solvens* potrà, tutt'al più, assumere la veste di soggetto danneggiato dal reato legittimato ad esperire l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c.⁴⁶².

Una simile soluzione, tuttavia, non deve indurre a ritenere che essa sottenda un'implicita adesione alla concezione giuridica di danno patrimoniale, ma costituisce una diretta ricaduta dell'idea personalistica di patrimonio condivisa in questa sede. Essendo il concetto di danno direttamente speculare a quello di patrimonio, è giocoforza ammettere che alla tutela patrimoniale in un'ottica prevalentemente personale corrisponda un concetto di danno che, senza mai rinunciare alla propria connotazione patrimonialistica, presenti, al ricorrere di determinati presupposti, un'impronta economica indiretta. Con maggior precisione, si ritiene che, quantomeno nei delitti con cooperazione artificiosa (o reati di sfruttamento), il pregiudizio economico possa non necessariamente prodursi nella sfera giuridica soggettiva della persona offesa, a condizione, però, che la condotta di abuso si sia pur sempre indirizzata alla vittima e che il terzo abbia agito (o ritenuto di agire) a suo

⁴⁶² In tal senso, rispetto al delitto di cui all'art. 645 c.p. ("Frode in emigrazione"), si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, cit., p. 245, secondo cui «il compenso può essere consegnato o promesso anche da persona diversa dall'espatriando la quale ritenga di agire a suo vantaggio»; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 16^a ed., Milano, 2016, p. 517, ove l'Autore sottolinea che la promessa del denaro o altra utilità possono essere compiute sia dall'espatriando che da altri che ritengono di agire a suo vantaggio, dato che la prospettiva contraria sembra poco compatibile sia con la lettera della legge, che con la *ratio* della norma incriminatrice. *Contra*, Cass., sez. II, sent. 12 maggio 1979, n. 1607, ove è stato evidenziato che ai fini della sussistenza del delitto di frode in emigrazione, la dazione o promessa di danaro o di altra utilità, quale compenso per l'emigrazione, deve provenire direttamente dalla persona che intende emigrare e non da un terzo estraneo.

Analoga discussione si è prospettata per la fattispecie tipizzata all'art. 643 c.p. ("Circonvenzione di incapaci"). Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che, avendo l'art. 643 c.p. «lo scopo di tutelare il minore, l'infermo e il deficiente psichico contro l'opera di suggestione di altri, soggetto passivo del reato è la persona circonvenuta, mentre il terzo che eventualmente subisca un danno il pericolo di un danno per effetto dell'atto posto in essere dalla persona incapace ha solo la figura del danneggiato dal reato». In questi termini, Cass., sez. V, sent. 4 luglio 1975, n. 8908, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 359 ss., con nota critica di C. PEDRAZZI, *Sul soggetto passivo della circonvenzione di incapace*, ove l'Autore partendo dall'assunto secondo cui nell'art. 643 c.p. l'effetto pregiudizievole dell'atto è un requisito del tutto autonomo rispetto all'abuso e all'induzione, giunge alla conclusione secondo cui anche il terzo danneggiato è soggetto passivo del reato.

favore. Una simile soluzione ci pare abbia il merito di non prescindere dall'accertamento di un nocumento di carattere patrimoniale e, al contempo, di canalizzare sul soggetto vulnerabile oggetto della condotta di sfruttamento il fuoco dell'offesa penalmente rilevante⁴⁶³.

L'attrazione, nei termini innanzi descritti, delle condotte di traffico di migranti entro la tutela penalistica del patrimonio non sembrerebbe, poi, dare adito ad interventi distonici all'interno del titolo dedicato ai delitti posti a presidio di questo bene giuridico. A tal riguardo, infatti, basti considerare che già attualmente l'art. 645 c.p., rubricato "Frode in emigrazione"⁴⁶⁴, tipizza un delitto contro il patrimonio con cooperazione artificiosa della vittima che si consuma proprio in un "contesto migratorio"⁴⁶⁵. Nella fattispecie in esame, infatti, si punisce la condotta di colui che, con dichiarazioni mendaci o con false notizie, induce taluno ad emigrare o promette a taluno un aiuto per emigrare in cambio di un compenso, realizzando così «una delle più ignobili forme di truffa: quella che si commette nei confronti di persone ordinariamente inesperte ed in disagiate condizioni di vita, lusingandole con falsi miraggi di guadagni all'estero»⁴⁶⁶. Si tratta una disposizione ormai desueta⁴⁶⁷, che potrebbe prestarsi ad una completa riscrittura secondo le prospettive di riforma sopra illustrate, con la differenza però che nel nuovo delitto di traffico di migranti il disvalore del fatto si incentrerebbe su una condizione di debolezza del migrante non già artificiosamente creata dall'autore dell'illecito, ma preesistente.

In questo modo, l'intervento punitivo nei confronti delle attività di traffico di migranti si fonderebbe su un bene giuridico di gran lunga più afferrabile di quello

⁴⁶³ Cfr. M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvizione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010, p. 68 ss. ove l'Autrice sottolinea la tendenza nei delitti oggetto di analisi ad una "depatrimonializzazione" dell'interesse tutelato, che perde la propria identità patrimonialistica a favore di un'impostazione rispettivamente personalistica ed economico-pubblicistica delle fattispecie.

⁴⁶⁴ L'art. 645 c.p. recita: «Chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 206 euro a 2.065 euro».

⁴⁶⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 516 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, cit., p. 305 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 7^a ed., Vicenza, 2018, p. 243 ss.

⁴⁶⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 516.

⁴⁶⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, cit., pp. 301-302, ove gli Autori qualificano la fattispecie *de qua* come "obsoleta" ed aggiungono che «il riscontro di qualche sparuta applicazione giurisprudenziale, risalente alla metà degli anni sessanta ed al 1979, non appare, del resto, in grado di indurre a modificare siffatto giudizio».

attualmente divisato dai delitti di favoreggiamento, restituendo, al tempo stesso, al migrante il ruolo di vero e proprio soggetto passivo del reato.

13.2. Traffico di migranti e strumenti di protezione sociale

A chiusura delle prospettive di modifica sin qui delineate, occorre evidenziare la necessità di affiancare idonei strumenti di protezione sociale alla tutela penale dei soggetti coinvolti nel traffico di migranti.

Attualmente l'art. 18 T.U. imm. prevede il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno nei confronti degli stranieri che siano stati vittime di situazioni di violenza o di grave sfruttamento quando ricorra un pericolo grave per la loro incolumità⁴⁶⁸. Tale previsione se, da un lato, ben si adatta alla protezione delle vittime di fenomeni criminosi come la tratta di persone (art. 601 c.p.), dall'altro non riconosce adeguata tutela in favore dei migranti interessati da condotte di favoreggiamento i quali, sebbene non implicati in situazioni di diretto sfruttamento personale, si trovano comunque in una condizione di oggettiva vulnerabilità, senz'altro meritevole di tutela, dovuta all'assenza di canali regolari di ingresso verso l'estero⁴⁶⁹.

Tale *deficit* di protezione, peraltro, pone profili di tensione con la disciplina sovranazionale prevista dal protocollo addizionale sullo *smuggling* della Convenzione di Palermo⁴⁷⁰ e con lo stesso diritto eurounitario. L'Unione europea, infatti, per quanto attraverso il *Facilitators' Package* abbia aderito ad un modello stato-centrico di contrasto al traffico di migranti, ha comunque previsto, con l'adozione della direttiva 2004/81/CE, la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno in favore di quei cittadini di Paesi terzi che siano stati vittime del reato di favoreggiamento dell'ingresso illegale, sebbene subordinatamente alla manifestazione della volontà di collaborare con le autorità di investigazione. Tale disciplina non trova applicazione per i fatti di tratta – ricondotti all'ambito operativo

⁴⁶⁸ In particolare, il pericolo all'incolumità deve ricollegarsi al tentativo della vittima di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione criminale o, in alternativa, alle dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale. *Supra*, Cap. III, par. 3.1.

⁴⁶⁹ In questo senso cfr. ASGI, *Programma di riforma legislativa su immigrazione e cittadinanza*, in *www.asgi.it*, 21 marzo 2017, p. 1 ss.

⁴⁷⁰ Giova ricordare che tale documento si pone l'obiettivo di prevenire e combattere il traffico di migranti, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino. Sul punto, cfr. *supra*, Cap. II, par. 4.

della successiva direttiva 2011/36/UE – né per tutti quei casi in cui lo Stato membro abbia deciso di adottare una disciplina più favorevole all'interno del proprio ordinamento.

Ebbene, la disciplina italiana recata dall'art. 18 T.U. imm. se, per un verso, può essere considerata più favorevole di quella europea, nella misura in cui non subordina il rilascio del titolo alla volontà di collaborare, per altro verso richiede presupposti applicativi così stringenti da escludere dal proprio ambito di operatività le vittime del favoreggiamento e del traffico di migranti, nei cui confronti pare, dunque, quanto mai opportuno ripristinare, anche in ossequio alla disciplina europea, una forma minima di protezione sociale. A tal fine un valido punto di riferimento si potrebbe ritrovare nel permesso di soggiorno per motivi di grave sfruttamento lavorativo previsto dall'art. 22, co. 12-*quater*, T.U. imm.⁴⁷¹ anche se, in un'ottica di maggior rispetto della sfera soggettiva del migrante, sarebbe preferibile sganciare il rilascio del titolo al presupposto della previa denuncia e della necessaria collaborazione con l'autorità giudiziaria.

⁴⁷¹ L'art. 12-*quater* T.U. imm. stabilisce che: «Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-*bis*, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno». Sulla disciplina del permesso e sulle novità introdotte dal d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, cfr. L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

Allegato 1

Art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286

Disposizioni contro le immigrazioni clandestine

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 uno a cinque 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 cinque a quindici 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 esplosive.

3-bis. Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata.

3-ter. 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 trarne profitto, anche indiretto.

3-quater. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi *3-bis* e *3-ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

3-quinquies. Per i delitti previsti dai commi precedenti le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.

3-sexies. All'articolo *4-bis*, comma 1, terzo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, dopo le parole: "609-*octies* del codice penale" sono inserite le seguenti:

“nonché dall’articolo 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”.

[3-*septies*. In relazione ai procedimenti per i delitti previsti dal comma 3, si applicano le disposizioni dell’articolo 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228, e successive modificazioni. L’esecuzione delle operazioni è disposta d’intesa con la Direzione centrale dell’immigrazione e della polizia delle frontiere]*.

* Comma abrogato dalla l. 16 marzo 2006, n. 146.

4. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l’arresto in flagranza.

4-*bis*. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*.

* La Corte Costituzionale, con sentenza 12-16 dicembre 2011, n. 331 ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 12, comma 4-*bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggiunto dall’art. 1, comma 26, lettera f), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3 del medesimo articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”.

4-*ter*. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

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 a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l’applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell’immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina.

6. Il vettore aereo, marittimo o terrestre, è tenuto ad accertarsi che lo straniero trasportato sia in possesso dei documenti richiesti per l’ingresso nel territorio dello Stato, nonché a riferire all’organo di polizia di frontiera dell’eventuale presenza a bordo dei rispettivi mezzi di trasporto di stranieri in posizione irregolare. In caso di inosservanza anche di uno solo degli obblighi di cui al presente comma, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 per ciascuno degli stranieri trasportati. Nei casi più gravi è disposta la sospensione da uno a dodici mesi, ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall’autorità amministrativa italiana inerenti all’attività professionale svolta e al mezzo di trasporto utilizzato. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

[6-*bis*. Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell’articolo 11, comma 1-*ter*. In caso di violazione del divieto di

ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, si applica al comandante della nave la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a euro 1.000.000. La responsabilità solidale di cui all'articolo 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si estende all'armatore della nave. È sempre disposta la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, procedendosi immediatamente a sequestro cautelare. A seguito di provvedimento definitivo di confisca, sono imputabili all'armatore e al proprietario della nave gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare. All'irrogazione delle sanzioni, accertate dagli organi addetti al controllo, provvede il prefetto territorialmente competente. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689]*.

* Comma abrogato dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. dalla l. n. 173/2020.

[6-ter. Le navi sequestrate ai sensi del comma 6-bis possono essere affidate dal prefetto in custodia agli organi di polizia, alle Capitanerie di porto o alla Marina militare ovvero ad altre amministrazioni dello Stato che ne facciano richiesta per l'impiego in attività istituzionali. Gli oneri relativi alla gestione dei beni sono posti a carico dell'amministrazione che ne ha l'uso, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica]*.

* Comma abrogato dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. dalla l. n. 173/2020.

[6-quater. Quando il provvedimento che dispone la confisca diviene inoppugnabile, la nave è acquisita al patrimonio dello Stato e, a richiesta, assegnata all'amministrazione che ne ha avuto l'uso ai sensi del comma 6-ter. La nave per la quale non sia stata presentata istanza di affidamento o che non sia richiesta in assegnazione dall'amministrazione che ne ha avuto l'uso ai sensi del comma 6-ter è, a richiesta, assegnata a pubbliche amministrazioni per fini istituzionali ovvero venduta, anche per parti separate. Gli oneri relativi alla gestione delle navi sono posti a carico delle amministrazioni assegnatarie. Le navi non utilmente impiegabili e rimaste invendute nei due anni dal primo tentativo di vendita sono destinate alla distruzione. Si applicano le disposizioni dell'articolo 301-bis, comma 3, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43]*.

* Comma abrogato dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. dalla l. n. 173/2020.

7. Nel corso di operazioni di polizia finalizzate al contrasto delle immigrazioni clandestine, disposte nell'ambito delle direttive di cui all'articolo 11, comma 3, gli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza operanti nelle province di confine e nelle acque territoriali possono procedere al controllo e alle ispezioni dei mezzi di trasporto e delle cose trasportate, ancorché soggetti a speciale regime doganale, quando, anche in relazione a specifiche circostanze di luogo e di tempo, sussistono fondati motivi di ritenere che possano essere utilizzati per uno dei reati previsti dal presente articolo. Dell'esito dei controlli e delle ispezioni è redatto processo verbale in appositi moduli, che è trasmesso entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica il quale, se ne ricorrono i presupposti, lo convalida nelle successive quarantotto ore. Nelle medesime circostanze gli ufficiali di polizia giudiziaria possono altresì procedere a perquisizioni, con l'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 352, commi 3 e 4, del codice di procedura penale.

8. I beni sequestrati nel corso di operazioni di polizia finalizzate alla prevenzione e repressione dei reati previsti dal presente articolo, sono affidati dall'autorità giudiziaria procedente in custodia giudiziale, salvo che vi ostino esigenze processuali, agli organi di polizia che ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia ovvero ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale o a enti del Terzo settore, disciplinati dal codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, che ne abbiano fatto espressamente richiesta per fini di interesse generale o per finalità sociali o culturali, i quali provvedono con oneri a proprio carico allo smaltimento delle imbarcazioni eventualmente loro affidate, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente. Fino all'operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, istituito dall'articolo 45 del citato codice di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017, si considerano enti del Terzo settore gli enti di cui all'articolo 104, comma 1, del medesimo codice. I mezzi di trasporto non possono essere in alcun caso alienati. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 100, commi 2 e 3, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

8-bis. Nel caso che non siano state presentate istanze di affidamento per mezzi di trasporto sequestrati, si applicano le disposizioni dell'articolo 301 *bis*, comma 3, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e successive modificazioni.

8-ter. La distruzione può essere direttamente disposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dalla autorità da lui delegata, previo nullaosta dell'autorità giudiziaria precedente.

8-quater. Con il provvedimento che dispone la distruzione ai sensi del comma 8 *ter* sono altresì fissate le modalità di esecuzione.

8-quinquies. I beni acquisiti dallo Stato a seguito di provvedimento definitivo di confisca sono, a richiesta, assegnati in via prioritaria all'amministrazione o trasferiti all'ente o, in subordine, agli enti del Terzo settore di cui al comma 8 che ne abbiano avuto l'uso ai sensi del comma 8 ovvero sono alienati o distrutti. Resta fermo che gli enti del Terzo settore di cui al comma 8 provvedono con oneri a proprio carico allo smaltimento delle imbarcazioni eventualmente loro trasferite, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente. I mezzi di trasporto non assegnati, o trasferiti per le finalità di cui al comma 8, sono comunque distrutti. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Ai fini della determinazione dell'eventuale indennità, si applica il comma 5 dell'articolo 301 *bis* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e successive modificazioni.

9. Le somme di denaro confiscate a seguito di condanna per uno dei reati previsti dal presente articolo, nonché le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati, sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei medesimi reati, anche a livello internazionale mediante interventi finalizzati alla collaborazione e alla assistenza tecnico-operativa con le forze di polizia dei Paesi interessati. A tal fine, le somme affluiscono ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere assegnate, sulla base di specifiche richieste, ai pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'interno, rubrica "Sicurezza pubblica".

9-bis. La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato.

9-ter. Le navi della Marina militare, ferme restando le competenze istituzionali in materia di difesa nazionale, possono essere utilizzate per concorrere alle attività di cui al comma *9-bis*.

9-quater. I poteri di cui al comma *9-bis* possono essere esercitati al di fuori delle acque territoriali, oltre che da parte delle navi della Marina militare, anche da parte delle navi in servizio di polizia, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di una nave senza bandiera o con bandiera di convenienza.

9-quinquies. Le modalità di intervento delle navi della Marina militare nonché quelle di raccordo con le attività svolte dalle altre unità navali in servizio di polizia sono definite con decreto interministeriale dei Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e delle infrastrutture e dei trasporti.

9-sexies. Le disposizioni di cui ai commi *9-bis* e *9-quater* si applicano, in quanto compatibili, anche per i controlli concernenti il traffico aereo.

9-septies. Il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno assicura, nell'ambito delle attività di contrasto dell'immigrazione irregolare, la gestione e il monitoraggio, con modalità informatiche, dei procedimenti amministrativi riguardanti le posizioni di ingresso e

soggiorno irregolare anche attraverso il Sistema Informativo Automatizzato. A tal fine sono predisposte le necessarie interconnessioni con il Centro elaborazione dati interforze di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, con il Sistema informativo Schengen di cui al regolamento CE 1987/2006 del 20 dicembre 2006 nonché con il Sistema Automatizzato di Identificazione delle Impronte ed è assicurato il tempestivo scambio di informazioni con il Sistema gestione accoglienza del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del medesimo Ministero dell'interno.

Capitolo IV

I delitti di favoreggiamento nella dimensione applicativa: la criminalizzazione della solidarietà

SOMMARIO: 1. La criminalizzazione della solidarietà nelle attività di ricerca e soccorso in mare. 2. Il quadro normativo internazionale e interno applicabile alle attività di *search and rescue at sea*. 2.1. L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante della nave. 2.2. L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso in capo agli Stati costieri. 3. La politica dei porti chiusi e i profili di responsabilità delle autorità statali: l'ordine di collaborazione con le autorità libiche. 3.1. *Segue*. La mancata autorizzazione allo sbarco. 4. I profili di responsabilità dei soccorritori. L'esclusione della punibilità per il difetto di tipicità delle condotte. 4.1. L'esclusione della punibilità per il difetto di anti giuridicità delle condotte: lo stato di necessità nel caso *Open Arms*. 4.2. *Segue*: Il riconoscimento dell'adempimento di un dovere dei soccorritori dal caso *Cap Anamur* a quello *Rackete*. 4.3. *Segue*. La disciplina del conflitto di doveri tra stato di necessità e adempimento di un dovere. 4.4 Il difetto di colpevolezza *ex art. 54, co. 3, c.p.* e la riscoperta della teoria dell'autore mediato. 5. La criminalizzazione della solidarietà oltre le attività di ricerca e soccorso in mare.

1. La criminalizzazione della solidarietà nelle attività di ricerca e soccorso in mare

L'analisi del dato normativo sviluppata nel precedente capitolo consente di cogliere agevolmente i problemi di eccessiva dilatazione della punibilità che i delitti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare hanno posto e continuano a porre nella prassi applicativa⁴⁷².

Il mancato inserimento dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 12, co. 1, T.U. imm., unitamente alla sua tipizzazione come fattispecie a consumazione anticipata, ha permesso di ampliare l'incriminazione ben oltre le condotte di regola ascrivibili ai "trafficienti di professione", andando a colpire anche coloro che agiscono per evidenti scopi umanitari.

Rispetto a tale tendenza alcuni Autori hanno parlato di *smuggling umanitario*⁴⁷³, espressione apparentemente ossimorica che, tuttavia, cessa di essere tale nell'ambito della disciplina europea ed interna. Difatti, il quadro normativo vigente, mutuato

⁴⁷² Cfr. L. MASERA, *La criminalizzazione delle O.N.G. e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 18 ss.; S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 1 ss.

⁴⁷³ A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., p. 1861, ove l'Autore evidenzia che «*smuggling* significa contrabbando, il che implica la prospettiva di un guadagno, e dunque attività svolte per fini di profitto, in linea di principio incompatibili, invece, col fine umanitario».

dagli obblighi di penalizzazione di derivazione sovranazionale, non solo permette, ma addirittura impone la criminalizzazione di condotte solidaristiche, le quali danno vita a veri e propri delitti di solidarietà⁴⁷⁴ che entrano in tensione con l'impianto personalistico e solidaristico della Carta fondamentale.

La casistica di maggior rilievo sorta attorno all'art. 12 T.U. imm. ha riguardato le attività di ricerca e soccorso in mare nel Mediterraneo⁴⁷⁵, divenute sempre più frequenti a partire dalla fine della missione *Mare nostrum*. La conclusione di tale esperienza ha, infatti, segnato la nascita delle nuove operazioni a guida europea – tra le quali *Triton*, avviata il 1° novembre 2014, e *Themis*, partita il 1° febbraio 2018 – il cui obiettivo fondamentale è, tuttavia, passato dalla salvaguardia delle vite in mare al controllo delle frontiere⁴⁷⁶. Proprio questo diverso approccio assunto dagli Stati nazionali e dall'Europa nella gestione delle missioni di soccorso spiega il crescente protagonismo assunto dai privati e, in particolare, dalle o.n.g.: «di fronte all'orrore del ripetersi ormai quasi routinario di tragedie di dimensioni immani, e di fronte alla chiara volontà degli Stati costieri e dell'Unione europea di non predisporre un

⁴⁷⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienna, 2014, p. 8 ss.; R. GRECO, *Sul "delitto di solidarietà" e i limiti del diritto d'asilo*, in *federalismi.it*, 2018, n. 1, p. 1 ss.; A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., p. 1860 ss.

⁴⁷⁵ L. VOSYLIŪTĖ, C. CONTE, *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, 2019, p. 4 ss.; L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 2, p. 225 ss.; F.V. PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 215 ss.

⁴⁷⁶ Cfr. V. MILITELLO, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 6; L. MASERA, *La criminalizzazione delle O.N.G. e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 18 ss.; A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., p. 1864 ss.; I. TANI, *Le forme di contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo*, in *Immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi, Torino, 2016, p. 235, ove si evidenzia che nelle ultime linee di tendenza delle politiche europee in materia di immigrazione emerge «un approccio militarista a un problema umanitario». Sul punto, peraltro, è interessante considerare i risultati del recente lavoro d'inchiesta pubblicato dall'associazione ACTIONAID, *The Big wall*, in *www.actionaid.it*, 2 marzo 2021, nella quale si evidenzia che «Tra il 2015 e il 2020 l'Italia ha speso un miliardo e 337 milioni di euro per bloccare, o per lo meno ridurre, le migrazioni dall'Africa. [...] Tra gli otto capitoli di spesa a dominare la scena è il controllo delle frontiere, che assorbe quasi il 50 per cento del budget. Ma fondi importanti – 195 milioni di euro – vanno anche alle così dette 'cause profonde' delle migrazioni, ovvero a progetti di sviluppo il cui obiettivo, pur con declinazioni diverse, è di ridurre la mobilità migliorando le condizioni di vita sul posto, in paesi di origine o transito di migranti e rifugiati. Ad emergere è un tentativo di piegare comparti di spesa vincolati a precisi standard internazionali, come quelli della cooperazione allo sviluppo e dell'assistenza umanitaria, ad una strategia di contenimento dei movimenti via terra e mare dall'Africa verso le coste mediterranee, legittimando per esempio il sostegno a forze di sicurezza in paesi con regimi repressivi».

sistema di soccorsi in grado di evitarli, la società europea si [è] mobilita[ta] per provare almeno a ridurre i numeri della strage»⁴⁷⁷.

Le attività di questi enti privati, inizialmente salutate con favore dall'opinione pubblica, con l'aumento delle operazioni di soccorso e del numero di stranieri accolti sul territorio, sono ben presto divenute bersaglio di una martellante campagna politica e *mass*-mediatica diffamatoria⁴⁷⁸, in parte favorita anche dalle esternazioni di alcuni esponenti della magistratura inquirente⁴⁷⁹ e di note agenzie europee⁴⁸⁰.

Tali fattori hanno alimentato il clima di sospetto sorto attorno a tali soggetti in una dimensione di crescente ostilità, successivamente culminata in alcune iniziative politiche patrocinate dalle forze di governo e, segnatamente, nella scelta, per un verso, di subordinare lo svolgimento di operazioni di *search and rescue* alla sottoscrizione di un codice di condotta⁴⁸¹ e, per altro verso, nell'introduzione di misure limitative degli spazi di liceità delle loro attività⁴⁸².

Tale processo di vera e propria "criminalizzazione" dell'operato delle o.n.g. soltanto ultimamente ha conosciuto una lieve inversione di tendenza, in ragione sia del recente avvicinarsi delle maggioranze di governo, che dei primi riscontri giurisprudenziali registrati sulle ipotesi accusatorie formulate a carico degli attori

⁴⁷⁷ L. MASERA, *La criminalizzazione delle O.N.G. e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 19.

⁴⁷⁸ Cfr. P. MUSARÒ, P. PARMIGGIANI, *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell'immagine nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell'informazione*, 2018, n. 1, p. 87 ss.

⁴⁷⁹ Il riferimento riguarda le ripetute dichiarazioni rilasciate alla stampa da parte del Procuratore della Repubblica di Catania, Carmelo Zuccaro, nelle quali si è posta l'attenzione su presunti rapporti di cointeressenza tra o.n.g. e bandi criminali libiche. Sull'esito fallimentare delle inchieste si veda A. CAMILLI, *Il teorema Zuccaro sulle ong è fallito*, in *www.internazionale.it*, 15 maggio 2019.

⁴⁸⁰ Cfr. FRONTEX, *Risk Analysis Report for 2017*, Warsaw, 2017, p. 32, ove si legge che «*it transpired that both border surveillance and SAR missions close to, or within, the 12-mile territorial waters of Libya have unintended consequences. Namely, they influence smugglers' planning and act as a pull factor that compounds the difficulties inherent in border control and saving lives at sea.*

⁴⁸¹ F. MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, p. 1 ss.

⁴⁸² Si fa riferimento al d.l. n. 53/2019 (conv. con modif. dalla l. n. 77/2019) e, in particolare, all'aggiunta del comma 1-ter all'art. 11 T.U. imm. e del comma 6-bis all'art. 12 T.U. imm. che ha riconosciuto al Ministro dell'interno il potere di vietare «l'ingresso, il transito o la sosta» di imbarcazioni in acque territoriali, prevedendo, in caso di violazione, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di valore ricompreso tra 150.000 e 1 milione di euro, oltre alla confisca obbligatoria della nave. Tali misure, come si è avuto modo di vedere, sono state oggetto di un successivo intervento del legislatore che, con il d.l. n. 130/2020 (conv. con modif. dalla l. n. 173/2020), nell'ambito di una più ampia opera di abrogazione e modifica dei precedenti "decreti-sicurezza", ha eliminato le suddette sanzioni dal testo dell'art. 12 T.U. imm. e le ha ricondotte, previa riqualificazione penalistica, entro il perimetro applicativo del codice della navigazione. Sul punto cfr. *supra*, Cap. III, par. 9.

coinvolti nelle attività di salvataggio, nell'ambito di un contenzioso particolarmente ampio che ha interessato non solo le o.n.g., ma anche i funzionari pubblici impegnati nel coordinamento dei soccorsi. Si tratta di posizioni differenti e, per certi versi, addirittura antitetiche, ma che, a ben vedere, trovano un loro comune denominatore nel quadro normativo, internazionale e interno, vigente in materia di obblighi di ricerca e soccorso in mare, il quale, da un lato, pone in capo ai soccorritori un obbligo di intervento, ma, dall'altro, non delinea un meccanismo cogente di individuazione del luogo di sbarco. Proprio rispetto a tale disciplina appare, pertanto, opportuno riportare una sintetica analisi⁴⁸³.

2. Il quadro normativo internazionale ed interno applicabile alle attività di *search and rescue at sea*

L'obbligo di salvare vite umane in mare rappresenta un principio cardine del diritto internazionale. Le sue prime manifestazioni giuridiche risalgono ad alcuni trattati multilaterali di diritto marittimo dell'inizio del Novecento, momento storico a partire dal quale tale dovere è stato ribadito in ogni successiva convenzione internazionale relativa al diritto del mare e progressivamente specificato nel suo contenuto, il quale oggi consta di «due componenti: l'obbligo di prestare soccorso, che incombe sugli Stati di bandiera e sui comandanti, e l'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso, [...] che incombe sugli stati costieri»⁴⁸⁴.

A questi due doveri corrispondono le due diverse statuizioni oggi contenute rispettivamente nel primo e nel secondo paragrafo dell'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982⁴⁸⁵, che occorre esaminare partitamente.

⁴⁸³ Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 507 ss.; ID., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., imm. e citt.*, 2017, n. 3, p. 1 ss.

⁴⁸⁴ I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., p. 508.

⁴⁸⁵ *United State Convention of the law of the Sea* (UNCLOS) firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva in Italia con la l. 2 dicembre 1994, n. 689.

2.1. L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante

L'art. 98, par. 1, UNCLOS impone ad ogni Stato di esigere che i comandanti delle navi che battono la loro bandiera osservino una pluralità di prescrizioni, tra le quali quelle di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare, di recarsi il più velocemente possibile in soccorso delle persone che gli siano state segnalate in stato di difficoltà, di intervenire in soccorso delle persone a bordo nella nave con la quale siano eventualmente entrati in collisione⁴⁸⁶.

E tuttavia vale osservare come il dovere di salvare vite umane in mare, oltre che espressione del diritto internazionale pattizio, sia oggi norma del diritto internazionale consuetudinario e, in quanto tale, risulta applicabile a tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che abbiano sottoscritto un Trattato.

Come è agevole notare, l'obbligo appena menzionato si rivolge agli Stati di bandiera e, quindi, riguarda solo indirettamente i comandanti delle imbarcazioni. Vi sono, però, delle norme di diritto interno e internazionale che pongono obblighi analoghi direttamente in capo al comandante della nave⁴⁸⁷.

Tra le fonti interne viene in rilievo l'art. 1158 cod. nav.⁴⁸⁸, secondo cui è punibile il comandante di una nave, nazionale o straniera, che ometta di prestare

⁴⁸⁶ Article 98, par. 1, UNCLOS, intitolato "Duty to render assistance", secondo cui «Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

(a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;

(b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;

(c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call».

⁴⁸⁷ In tal senso cfr I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 11; M. COTTONE, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, cit., p. 88 ss.

⁴⁸⁸ L'art. 1158 cod. nav., rubricato "Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo", dispone che: «Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionale o straniero, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice, è punito con la reclusione fino a due anni. La pena è della reclusione da uno a sei anni, se dal fatto deriva una lesione personale; da tre a otto anni, se ne deriva la morte. Se il fatto è commesso per colpa, la pena è della reclusione fino a sei mesi; nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà».

assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne sussista l'obbligo secondo quanto disposto dal codice della navigazione⁴⁸⁹.

Tra le fonti internazionali, invece, vale menzionare l'art. 10, par. 1, della Convenzione internazionale sul salvataggio del 1989, secondo cui ogni capitano è tenuto a prestare assistenza alle persone che rischiano di perire in mare⁴⁹⁰, nonché la Regola 33.1 del Capitolo V della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS) del 1974, in base alla quale il comandante di una nave che sia venuto a conoscenza del fatto che in mare vi sono delle persone in pericolo è tenuto a procedere immediatamente in loro soccorso⁴⁹¹.

Come si evidenzierà meglio nel prossimo paragrafo, l'obbligo di soccorso che grava sul capitano di un'imbarcazione non può considerarsi adempiuto con il semplice recupero in mare delle persone in difficoltà, richiedendosi, a tal fine, lo sbarco in un *place of safety*, ed è proprio in funzione dell'adempimento di un simile dovere che viene in rilievo un fondamentale, e spesso disatteso, dovere di collaborazione da parte degli Stati costieri.

2.2. L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso in capo agli Stati costieri

A differenza dell'obbligo di salvataggio considerato nel paragrafo precedente, l'art. 98, par. 2, UNCLOS si rivolge agli Stati costieri, imponendo loro di promuovere la costituzione, il funzionamento e il mantenimento di un adeguato ed

⁴⁸⁹ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui una nave in difficoltà sia del tutto incapace di effettuare manovre, ai sensi dell'art. 490 cod. nav.

⁴⁹⁰ *International Convention on Salvage* firmata a Londra il 28 aprile 1989, resa esecutiva in Italia con la l. 12 aprile 1995, n. 129. Si veda, in particolare, l'art. 10, par. 1, intitolato "*Duty to render assistance*", secondo cui «*Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea.*».

⁴⁹¹ *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)* firmata a Londra il 10 novembre 1974, resa esecutiva in Italia con la legge 23 maggio 1980, n. 313. In particolare, cfr. *Regulation 33*, par. 1, intitolato "*Distress messages: obligations and procedures*", secondo cui «*The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization to inform the appropriate search and rescue service accordingly.*».

effettivo servizio di ricerca e soccorso in mare, anche attraverso la conclusione di accordi regionali multilaterali con gli Stati limitrofi⁴⁹².

Giova evidenziare che mentre la statuizione sancita nell'art. 98, par. 1, UNCLOS riflette un principio di diritto consuetudinario ben consolidato, il dovere di soccorso dello Stato costiero ha origini più recenti, essendo stato previsto per la prima volta solo nell'art. 12 della Convenzione sull'alto mare firmata a Ginevra il 29 aprile 1958⁴⁹³.

Quanto al suo contenuto, deve osservarsi come esso risulti meglio specificato all'interno di altri due trattati di diritto marittimo, in particolare nella Convenzione SOLAS sopra richiamata e, soprattutto, nella Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (SAR) del 1979⁴⁹⁴.

La prima introduce l'obbligo per gli Stati firmatari di adottare tutte le misure necessarie per la comunicazione di situazioni di pericolo e per il coordinamento delle attività di ricerca e salvataggio. Tali misure devono comprendere la costituzione, il funzionamento e il mantenimento delle strutture che si reputano necessarie a tal fine, e, per quanto possibile, di mezzi adeguati alla localizzazione e al salvataggio delle persone in pericolo⁴⁹⁵.

E tuttavia è la Convenzione SAR a contenere le indicazioni più stringenti in capo agli Stati costieri che, in una logica di cooperazione internazionale, sono invitati a costituire delle "regioni di ricerca e soccorso" (*search and rescue regions*) – meglio conosciute come zone *s.a.r.* –, la cui creazione comporta il sorgere di una responsabilità primaria dello Stato promotore in merito al coordinamento delle

⁴⁹² Article 98, par. 1, UNCLOS, intitolato "Duty to render assistance", secondo cui «Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose».

⁴⁹³ In tal senso cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 14.

⁴⁹⁴ *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)* firmata ad Amburgo il 27 aprile 1979 nell'ambito dell'*International Maritime Organization (IMO)*, resa esecutiva in Italia con la l. 3 aprile 1989, n. 147, e attuata con il d.p.r. 28 aprile 1994, n. 662.

⁴⁹⁵ Regulation 7, par. 1, SOLAS, intitolata "Duty to render assistance", secondo cui «Each Contracting Government undertakes to ensure that necessary arrangements are made for distress communication and co-ordination in their area of responsibility and for the rescue of persons in distress at sea around its coasts. These arrangements shall include the establishment, operation and maintenance of such search and rescue facilities as are deemed practicable and necessary, having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and shall, so far as possible, provide adequate means of locating and rescuing such persons».

operazioni di soccorso ivi realizzate⁴⁹⁶. Peraltro, nell'apprestare i servizi di ricerca e salvataggio, i firmatari sono tenuti a garantire la soddisfazione di alcuni requisiti essenziali tra i quali, a titolo esemplificativo: la predisposizione di un adeguato quadro giuridico, la designazione di un'autorità competente al coordinamento delle attività di salvataggio⁴⁹⁷; la razionale organizzazione delle risorse disponibili; la messa a punto di appositi piani operativi e di collaborazione nazionale ed internazionale⁴⁹⁸.

Nell'ambito delle attività appena considerate risulta particolarmente rilevante la definizione del concetto di "salvataggio in mare" – contenuta nel Capitolo 1.3.2 dell'Allegato alla Convenzione SAR – quale operazione volta a recuperare le persone in difficoltà, a provvedere alle loro esigenze iniziali, mediche o di altro tipo, e a trasportarli in un luogo sicuro. Questa attività non può dunque esaurirsi nel semplice recupero delle persone in pericolo, richiedendosi, altresì, che ai soggetti tratti in salvo sia garantita la conduzione in un "luogo sicuro"⁴⁹⁹.

La definizione di *place of safety* – assente sia nella Convenzione SOLAS, sia nella Convenzione SAR – viene, a sua volta, specificata all'interno delle "Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare" adottate dall'*International*

⁴⁹⁶ In merito alla costituzione delle zone *s.a.r.* cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, p. 513, ove l'Autrice chiarisce che la loro creazione «comporta solo obblighi e responsabilità per lo Stato [...]. Lo Stato costiero non gode di alcun diritto o potere all'interno della sua zona *s.a.r.*: non può impedire a una nave di entrarvi, non può precludere ad una nave di prestare soccorso nel suo interno e non può imporre al comandante della nave che ha soccorso persone in pericolo un determinato comportamento, per esempio di trasferirle su altre navi».

⁴⁹⁷ Vale rilevare come la funzione di Centro nazionale di coordinamento di soccorso marittimo (*Italian Maritime Rescue Coordination* o IMRCC) sia stata attribuita al Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto dal d.p.r. 28 settembre 1994, n. 662, intitolato "Regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147, concernente adesione alla convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo".

⁴⁹⁸ In tal senso cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 15, nota 67, nella quale l'Autrice richiama il contenuto del Capitolo 2.1.2 dell'Allegato alla Convenzione SAR.

⁴⁹⁹ Vale rilevare come, nell'ottica di rendere effettiva e quanto più immediata possibile l'individuazione di questo *place of safety*, nel 2004 gli Stati membri dell'IMO (*International Maritime Organization*) hanno adottato degli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR volti ad implementare gli obblighi di coordinamento e di cooperazione tra gli Stati e a ridurre al minimo gli inconvenienti per la nave che presta assistenza. Tali modifiche sono state inserite nella *Regulation 33*, par. 1-1, SOLAS, e nel Capitolo 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR che, con disposizioni di analogo tenore letterale, richiedono agli Stati aderenti di cooperare al fine di liberare quanto prima i comandanti delle navi coinvolte nelle attività di salvataggio e di assicurare ai naufraghi il riparo in un luogo sicuro in tempi, per quanto possibile, ragionevoli. Sul punto cfr. M. COTTONE, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, cit., p. 99 ss.

Maritime Organization nel 2004, le quali chiariscono che con tale espressione deve intendersi un luogo in cui la vita dei sopravvissuti non sia più in pericolo e dove siano soddisfatte le esigenze umane primarie, come il bisogno di cibo, di un alloggio e di cure mediche⁵⁰⁰.

Peraltro, qualora i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come richiedenti asilo, l'espressione *safety place* si colora di un ulteriore significato che, lungi dal limitarsi al riconoscimento della sola "protezione fisica" delle persone soccorse, configura il diritto allo sbarco in un luogo in cui sia altresì garantita la loro "protezione internazionale", ovvero il diritto a richiedere e a vedersi riconosciuto un certo *status* legale (come quello di rifugiato), alle condizioni e secondo le procedure indicate dal diritto interno e sovranazionale.

Pertanto, solo la conduzione delle persone salvate in un luogo da considerarsi sicuro secondo i parametri di sicurezza fisica e internazionale appena esaminati determina la cessazione degli obblighi nazionali e internazionali relativi alle operazioni di salvataggio.

La disciplina internazionale pattizia succintamente ricostruita contribuisce, dunque, in maniera significativa alla regolazione delle attività di ricerca e soccorso in mare e all'adempimento dell'obbligo giuridicamente vincolante di salvataggio di vite umane. Nondimeno, essa presenta ancora alcune rilevanti lacune, in parte emerse alla luce di recenti vicende. In particolare, deve segnalarsi l'assenza, «sia nei trattati relativi al soccorso in mare che nel diritto consuetudinario [di] una norma, sostanziale o procedurale, che permetta di identificare con certezza il luogo in cui le persone soccorse dovranno essere fatte sbarcare»⁵⁰¹ soprattutto in quelle ipotesi, particolarmente frequenti, in cui manchi un accordo tra gli Stati.

⁵⁰⁰ Par. 6.12 della *Resolution MSC.167 (78)* del 20 maggio 2004, intitolata "*Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*". In questa prospettiva, l'individuazione del luogo di sbarco dei soggetti soccorsi risulta strettamente legata ad un principio cogente del diritto internazionale, ovvero quello di *non refoulement*, che impedisce di respingere una persona verso uno Stato in cui la sua vita sarebbe in pericolo o rischierebbe di essere sottoposto a tortura o ad altro trattamento inumano o degradante. Tale principio è sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati (*Convention relating to the Status of Refugees*), adottata il 28 luglio 1951, e tuttavia il suo inserimento all'interno dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), adottata il 10 dicembre 1984, ha fatto in modo che il divieto di respingimento, originariamente destinato ai soli rifugiati, si estendesse ad ogni individuo.

⁵⁰¹ I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., p. 518.

3. La politica dei porti chiusi e i profili di responsabilità delle autorità statali: l'ordine di collaborazione con le autorità libiche

Una volta delineata la cornice normativa che regola le attività di *search and rescue*, è possibile apprezzare con maggior immediatezza le violazioni degli obblighi internazionali di soccorso perpetrate dallo Stato italiano durante la c.d. “stagione dei porti chiusi”. Tale locuzione, in particolare, allude alla messa in atto, da parte del Governo italiano, nel periodo ricompreso tra marzo 2018 e agosto 2019, della scelta politica «di ostacolare in ogni modo lo sbarco in Italia delle navi (italiane e straniere) che avevano soccorso in acque internazionali soggetti che si trovavano alla deriva su imbarcazioni in pericolo»⁵⁰², con lo scopo di sollecitare l'attenzione della comunità internazionale, e soprattutto dei Paesi dell'Unione europea, sulla necessità di provvedere ad una ricollocazione condivisa dei migranti tratti in salvo⁵⁰³.

In attuazione di tale strategia politica, la prassi dei respingimenti è andata consolidandosi con modalità uniformi e ripetute nel corso del tempo tali da consentire una classificazione approssimativa che può ricondursi a due diversi modelli di azione: entro un primo schema, è possibile ricomprendere tutte quelle ipotesi nelle quali il soccorso, realizzato in acque internazionali (verosimilmente nella zona *s.a.r.* libica), è posto in essere da un'imbarcazione cui l'IMRCC⁵⁰⁴ dà l'ordine di riportare i migranti verso le coste africane o, comunque, di collaborare con le autorità libiche⁵⁰⁵; in base ad un secondo modello, invece, rilevano tutti quei

⁵⁰² L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, cit., p. 3.

⁵⁰³ L. MASERA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰⁴ Cfr. *supra*, Cap. IV, par. 2.2, nota 497. Sembra utile rammentare che l'IMRCC è competente a coordinare le attività di *search and rescue* o quando le operazioni di salvataggio sono effettuate nell'ambito della zona *s.a.r.* di propria competenza o quando, in caso di operazioni realizzate al di fuori di tale zona, abbia ricevuto per primo la notizia di persone in pericolo in mare, rimanendo responsabile almeno fino a quando il *Rescue Center Coordination* competente o altra autorità non assumano il coordinamento per l'evento segnalato. Sul punto cfr. par. 6.7 della Risoluzione MSC.167 (78) del 20 maggio 2004, intitolata “*Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*”.

⁵⁰⁵ Tale modello è quello che si è configurato nel caso *Vos Thalassa*, rimorchiatore che l'8 luglio 2018 al largo delle coste libiche ha prestato soccorso a circa sessanta migranti. Il comandante del natante, battente bandiera italiana e impegnato nell'attività di supporto ad una piattaforma petrolifera libica, dopo aver segnalato l'evento *s.a.r.* all'IMRCC e provveduto al salvataggio delle persone in difficoltà, veniva dapprima invitato a fare rotta verso Lampedusa, per poi essere chiamato a tornare indietro per consegnare le persone tratte in salvo alle autorità libiche. Per un'approfondita ricostruzione dei fatti cfr. L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 3 luglio 2019. Per i più recenti sviluppi giudiziari della vicenda cfr. L. MASERA, *I migranti che si*

casi nei quali, il centro di coordinamento nazionale non autorizza – o autorizza con ritardo – la nave soccorritrice allo sbarco dei migranti presso uno dei porti disponibili.

Muovendo dall'esame della prima classe di ipotesi considerate, è agevole evidenziare come l'ordine dell'IMRCC di consegna dei soggetti soccorsi alle autorità libiche si ponga in violazione degli obblighi internazionali di ricerca e salvataggio in mare che richiedono ai soccorritori e agli Stati costieri non il semplice recupero dei naufraghi, ma la loro conduzione in un "luogo sicuro"⁵⁰⁶.

Oltre che evidenti segni di contrasto con la normativa sovranazionale, la condotta esecutiva della direttiva illegittima mostra anche profili di rilevanza penale, dal momento che essa sembra integrare tutti gli elementi costitutivi del delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 9, c.p., fattispecie che si pone a presidio della libertà morale dell'individuo, intesa sia come libertà di autodeterminazione secondo motivi propri, sia come libertà di azione sulla base delle scelte effettuate autonomamente⁵⁰⁷. Non c'è dubbio, infatti, che il processo di formazione e di attuazione della libertà morale dei soggetti prima soccorsi e poi ricondotti forzatamente in Libia sia vulnerato dalla condotta di coloro che eseguono l'ordine di respingimento, la quale, del resto, ben può qualificarsi come violenta alla luce della nozione particolarmente estensiva e dematerializzata di "violenza" accolta dalla giurisprudenza, la quale vi ricomprende «ogni mezzo idoneo a privare il

oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement, in *www.sistemapenale.it*, 21 luglio 2020.

⁵⁰⁶ In tal senso cfr. i Capitoli 1.3.2 e 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR, oltre alla Regola 33, par. 1-1, SOLAS e, soprattutto, la definizione di *place of safety* riportata dal Par. 6.12 della Risoluzione MSC.167 (78) del 20 maggio 2004, intitolata "*Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*". Per vero, occorre segnalare l'abbandono, da parte delle autorità italiane, della prassi dei respingimenti diretti e collettivi verso la Libia in seguito alla pronuncia della Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, ricorso n. 27765/09, in *www.hudoc.echr.coe.int*, nella quale lo Stato italiano è stato condannato per la violazione degli artt. 3, 4, prot. n. 4, e 13 Cedu. Tale pronuncia, tuttavia, non ha impedito all'Italia di concludere accordi con la Libia attraverso i quali il nostro Stato si è impegnato a fornire denaro e mezzi alla Guardia costiera libica per impedire le partenze e gestire i soccorsi in mare dei migranti ed è in quest'ottica che si giustifica l'ordine di collaborazione con le autorità libiche che in numerosi episodi l'IMRCC ha opposto ai soccorritori che richiedevano l'assegnazione di un *p.o.s.* Sui profili di illegittimità che accompagnano anche questa nuova prassi cfr. S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo*, Napoli, 2020, p. 271 ss.

⁵⁰⁷ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, cit., p. 264 ss.; F. MEZZETTI, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 264 ss.

soggetto passivo, in rapporto alle condizioni fisiche e psichiche di questo, della capacità di determinarsi e di agire secondo la propria volontà»⁵⁰⁸.

Quanto invece alla posizione dei superiori che hanno adottato la direttiva, non è difficile ipotizzare una loro responsabilità concorsuale per il delitto eseguito o quantomeno tentato, posto che l'ordine criminoso costituisce per chi lo ha dato una condotta di partecipazione "morale" al fatto tipico, sotto forma di determinazione o di istigazione rilevante *ex art.* 110 c.p.⁵⁰⁹.

Appare, invece, discutibile la configurabilità, in concorso con il delitto di violenza privata aggravato, del reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p.). Rispetto alle vicende considerate, tale norma potrebbe venire in rilievo nell'ambito della procedura amministrativa volta all'individuazione e all'assegnazione di un *p.o.s.*⁵¹⁰, ovvero di un luogo sicuro in cui far sbarcare le persone tratte in salvo nell'ambito delle operazioni di salvataggio coordinate dall'IMRCC. Più nello specifico, l'abuso d'ufficio troverebbe applicazione ogniqualvolta si indichi come *p.o.s.* un luogo che, non rispondendo agli *standard* di sicurezza individuati dalla disciplina internazionale, determini una sostanziale elusione del divieto di *refoulement*. Tuttavia, deve osservarsi come, ai fini della configurazione di cui all'art. 323 c.p., soprattutto all'indomani delle più recenti modifiche apportate alla disposizione dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76⁵¹¹, non basti la mera inosservanza di principi o di norme

⁵⁰⁸ In senso critico cfr. F. MEZZETTI, voce *Violenza privata e minaccia*, cit., p. 273 ss., che muove, invece, dall'esigenza di interpretare il concetto di violenza in senso teleologicamente orientato allo scopo di tutela sotteso all'incriminazione prevista dall'art. 610 c.p.

E tuttavia, in simili casi non è infrequente il riconoscimento in favore degli esecutori del comando della scusante di cui all'art. 51, co. 3, c.p., a mente del quale non risponde del reato chi abbia creduto, per errore di fatto, di obbedire ad un ordine legittimo. Si tratta, a ben vedere, di un'applicazione particolare della disciplina più generale dettata dall'art. 59, co. 4, c.p. a proposito dell'erronea supposizione di una scriminante. Per un'approfondita ricostruzione delle teorie elaborate rispetto al problema della collocazione dogmatica dell'errore sulle scriminanti, cfr. A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, *passim*.

⁵⁰⁹ Cfr. G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934, p. 102.

⁵¹⁰ Per un approfondimento sui profili amministrativi di tale procedura e, in particolare, sulla natura da riconoscere all'atto finale di assegnazione di un *p.o.s.* cfr. M.C. CAVALLARO, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 giugno 2019, in cui si precisa che l'adozione di tale atto, conformemente a quanto previsto dalle Procedure operative standard 009/15 (*Standard Operating Procedure*) predisposte dal Comando generale del corpo delle capitanerie di porto, spetta al Dipartimento delle libertà civili e dell'Immigrazione del Ministero dell'Interno, su richiesta avanzata dalla Centrale operativa del Comando generale della Capitaneria (*Italian Maritime Rescue Center Coordination*) e inoltrata dal Centro nazionale di coordinamento (*National Coordination Center*).

⁵¹¹ D.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con modif. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale". Prima di questo ultimo intervento

genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa, richiedendosi, invece, la trasgressione di disposizioni a contenuto precettivo che prescrivono specifici modelli di comportamento⁵¹². In particolare, si ritiene essenziale che la norma la cui violazione può configurare un abuso penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. abbia non solo un certo rango formale, ma anche un contenuto in grado di vincolare il pubblico agente nell'osservanza di un preciso contegno⁵¹³ e, in quest'ottica sembra, invero, problematico sostenere che le norme di diritto internazionale sopra menzionate, alle quali pure si riconosce il rango di fonti normative interposte⁵¹⁴, possano vietare o richiedere, con un contenuto precettivo sufficientemente specifico, un certo comportamento al pubblico agente durante lo svolgimento della sua funzione o servizio.

3.1. *Segue. La mancata autorizzazione allo sbarco*

Lo scenario fattuale ricostruito nel paragrafo precedente va idealmente ad affiancarsi ad un secondo modello di “respingimento” che, invero, ha rappresentato il *modus operandi* più rappresentativo delle modalità di gestione degli sbarchi da parte delle autorità italiane nel corso della “stagione dei porti chiusi”.

Questo secondo paradigma di riferimento ricomprende tutte quelle ipotesi nelle quali, a seguito del soccorso effettuato in acque internazionali, i soccorritori – in assenza di un ordine di collaborazione con le autorità libiche o in contravvenzione di tale ordine – si dirigano verso le coste italiane (in quanto luogo di sbarco più vicino e più sicuro a quello di salvataggio⁵¹⁵) e, a fronte di tale decisione, gli uffici del Ministero dell'interno neghino l'autorizzazione alla discesa, con il risultato di

vale rammentare la l. 26 aprile 1990, n. 86, recante “Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione” e la l. 16 luglio 1997, n. 234, rubricata “Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale”.

⁵¹² Cfr. M. GAMBARDELLA, sub *art. 323 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, vol. IV, Milano, 2015, p. 597 ss.; ID., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 2020, n. 7, p. 133 ss.

⁵¹³ In tal senso cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2019, p. 356.

⁵¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. 22 ottobre 2007 (dep. 24 ottobre 2007), nn. 348 e 349, in *Cass. pen.*, 2008, rispettivamente p. 2253 ss. e 2279 ss.

⁵¹⁵ È questo lo scenario fattuale tipico individuato da A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., p. 1871 ss.

trattenere anche per diversi giorni le navi dei soccorritori alla fonda in acque italiane, senza la possibilità di attraccare⁵¹⁶.

Anche in questo caso le condotte dei pubblici agenti incaricati dell'assunzione e della comunicazione delle direttive di sbarco sono suscettibili di assumere profili di rilevanza penale. Invero, rispetto all'eventuale applicazione della fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., pare possibile richiamare le riflessioni sviluppate nel precedente paragrafo, alle quali si aggiungono le ulteriori difficoltà legate all'eventuale realizzazione in forma omissiva della condotta contestata. A tal riguardo deve infatti osservarsi che se, da un lato, si ammette pacificamente la configurazione di una condotta abusiva *ex art. 323 c.p.* mediante un *non facere*, dall'altro, si richiede che essa corrisponda al mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito al pubblico funzionario da una norma di legge o da un atto avente forza di legge, requisito, invero, difficilmente ravvisabile nei casi considerati nei quali la competenza del Dipartimento delle libertà civili e dell'Immigrazione del Ministero dell'interno per l'individuazione del *p.o.s.* si fonda su un mero accordo tra amministrazioni a mala pena richiamato all'interno delle Procedure operative standard 009/15 (*Standard Operating Procedure*)⁵¹⁷. In altri termini, anche in questo caso la condotta contestata difficilmente può tradursi in un fatto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., data la violazione di disposizioni prive di un contenuto precettivo immediato che privano «il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale»⁵¹⁸.

Analoghe considerazioni possono estendersi anche alla fattispecie di cui all'art. 328, co. 1, c.p., applicabile al pubblico agente che, indebitamente, rifiuta un atto del suo ufficio che, per le ragioni evidenziate dalla norma – giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene e sanità – deve essere compiuto tempestivamente. Anche con riferimento a questa fattispecie, infatti, l'estrema lacunosità che caratterizza la disciplina della procedura di assegnazione di un luogo di sbarco osta alla possibilità

⁵¹⁶ L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, cit., p. 3. Sul punto cfr. F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, cit., p. 428 ss., nell'ambito di una più complessa analisi sulle forme di privazione di fatto della libertà dei migranti.

⁵¹⁷ Cfr. *supra*, Cap. IV, par. 3, nota 510.

⁵¹⁸ A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino e G. Fornasari, Torino, 2008, p. 255 ss.

di contestare al Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione il rifiuto di un atto del "proprio ufficio"⁵¹⁹.

Ciò nonostante, deve osservarsi che l'omessa assegnazione di un *p.o.s.* per finalità che esulano dalle funzioni attribuite alle autorità competenti produce, sul piano pratico, l'effetto di determinare un'illegittima privazione della libertà personale dei migranti e delle persone a bordo della nave al di fuori dei casi consentiti dalla legge e, molto spesso, per un arco temporale giuridicamente apprezzabile. Tale riflessione induce, quindi, a non poter escludere tra le norme incriminatrici applicabili ai casi considerati il sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p.⁵²⁰.

Proprio la norma incriminatrice appena richiamata è stata posta alla base delle principali contestazioni indirizzate al Ministro dell'interno *pro tempore* per i reiterati dinieghi di autorizzazione opposti alle o.n.g. durante il primo "governo-Conte" nell'ambito di numerosi procedimenti giudiziari, tra i quali vale qui rammentare i casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*. Nella prima vicenda, come noto, il Ministro è stato accusato di sequestro di persona per aver impedito per cinque giorni lo sbarco di 177 migranti soccorsi in mare nell'agosto 2018, vicenda conclusasi il 29 marzo 2019 con la negazione da parte del Senato della Repubblica dell'autorizzazione a procedere ai sensi dell'art. 9, co. 3, l. cost. n. 1/1989⁵²¹. L'organo parlamentare, infatti, ha sostanzialmente aderito alla relazione della Giunta per le immunità del Senato che «non ha sindacato la correttezza dell'ipotesi accusatoria formulata dal Tribunale dei ministri, ma ha indicato le ragioni per cui riteneva che il Ministro avesse agito nel perseguimento di un "preminente interesse pubblico"»⁵²².

⁵¹⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5^a ed., Bologna, 2012, p. 266 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 349.

⁵²⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, cit., p. 248 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 310 ss.; B. ROMANO, *Reati contro la persona*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. XIV, tomo III, cit., p. 121 ss.

⁵²¹ Cfr. S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 28 gennaio 2019.

⁵²² L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, cit., p. 2. Si veda anche ID., *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in *Dir., imm. e citt.*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

Diversamente, tanto nel caso *Gregoretti*⁵²³, quanto in quello *Open Arms*⁵²⁴, la magistratura, dopo aver ottenuto l'autorizzazione a procedere dal Senato, ha esercitato l'azione penale dinanzi al Tribunale dei Ministri territorialmente competente – individuato, rispettivamente, a Catania e a Palermo – richiedendo il rinvio a giudizio dell'indagato per il reato di sequestro di persona *ex art.* 605, co. 1, 2, n. 2, e 3 c.p., aggravato dall'abuso della qualità di pubblico ufficiale e dalla minore età di alcune delle vittime⁵²⁵.

4. I profili di responsabilità dei soccorritori. L'esclusione della punibilità per il difetto di tipicità delle condotte

Oltre che sui profili di responsabilità degli attori istituzionali, nella casistica considerata l'attenzione della giurisprudenza si è appuntata anche sulla rilevanza penale delle condotte dei soccorritori, i quali in più occasioni sono stati sottoposti ad indagini per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, spesso in concorso con altre fattispecie di reato.

E tuttavia, i collegi giudicanti solo raramente hanno mostrato di condividere le ipotesi accusatorie elaborate dagli uffici di Procura e, molto più spesso, hanno escluso la punibilità degli agenti facendo leva sulla sussistenza di cause di giustificazione⁵²⁶.

Prima di esaminare più nel dettaglio questo significativo filone giurisprudenziale, sembra però opportuno dare conto della diversa soluzione interpretativa prospettata da alcuni studiosi i quali, piuttosto che ricavare

⁵²³ L'ex Ministro dell'interno è accusato di sequestro di persona pluriaggravato per aver impedito lo sbarco di 151 migranti, trasbordati sulla nave *Gregoretti* nel luglio 2019 a seguito di alcune operazioni di soccorso, così costringendo l'equipaggio e le persone tratte in salvo a restare in mare per cinque giorni, ovvero fino a quando il Governo non concluse un accordo di ricollocazione in sede europea.

⁵²⁴ L'ex Ministro dell'interno è accusato di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio per aver negato lo sbarco di 147 migranti soccorsi in mare dalla o.n.g. spagnola *Open Arms* nell'agosto 2019. La nave rimase ferma per circa venti giorni, fino a quando i magistrati di Agrigento, in seguito a un'ispezione a bordo del natante, ordinarono lo sbarco d'urgenza.

⁵²⁵ Nel momento in cui si scrive entrambi i procedimenti si trovano nella delicata fase dell'udienza preliminare. Per il solo caso *Gregoretti*, lo scorso 11 aprile 2021 il pubblico ministero Andrea Bonomo, nell'ambito della sua requisitoria, ha avanzato richiesta di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato.

⁵²⁶ L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 32 ss.

l'irrelevanza penale dei comportamenti dei soccorritori dalla mancanza di anti giuridicità degli stessi, hanno preferito escludere a monte la tipicità dei fatti contestati facendo leva sul «difetto del presupposto di illiceità speciale (“illegalmente”) che contribuisce a perimetrarla»⁵²⁷.

Con maggior precisione, occorre rilevare che secondo una prima linea esegetica la condotta di agevolazione dell'ingresso degli irregolari non potrebbe essere considerata illegale ogniquale volta l'attività di soccorso sia stata «sin dall'inizio, e lungo tutto il suo svolgimento, caratterizzata dalla costante ricerca di un dialogo con le autorità»⁵²⁸. Difatti, anche escludendo che la clandestinità figuri esplicitamente tra gli elementi costitutivi del reato, essa «parrebbe costituire un tratto connaturato al tipo criminoso, se è vero che l'incriminazione ha lo scopo di colpire atti volti ad aggirare i controlli statali in materia di flussi migratori, a far sì che lo straniero eluda questi controlli»⁵²⁹.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, sarebbe la stessa qualificazione di “naufraghi” delle persone soccorse ad escludere il carattere illegale del loro ingresso sul territorio nazionale. Più nello specifico, l'insieme delle disposizioni di carattere sovranazionale in materia di obblighi di soccorso innanzi richiamate indurrebbe a ritenere che fino a quando l'operazione di salvataggio non si sia conclusa con lo sbarco in un *place of safety*, la condizione di «sopravvissuti» dei soggetti soccorsi escluda temporaneamente la rilevanza della loro classificazione «quali “migranti” (regolari o no) o “rifugiati”»⁵³⁰. A differenza della prima impostazione, la tesi in esame determina, dunque, l'esclusione della tipicità del fatto «a prescindere dall'instaurazione di un proficuo dialogo con le autorità italiane di frontiera, talvolta

⁵²⁷ S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 8.

⁵²⁸ A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., p. 1902.

⁵²⁹ A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., p. 1903 ss. Analogamente S. BERNARDI, *I possibili profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., pp. 138-139, la quale evidenzia che «l'attività di soccorso in mare, anche quando posta in essere da soggetti privati, è attività imposta e coordinata dallo Stato, in osservanza della normativa internazionale, europea e nazionale; non sembra pertanto configurarsi come condotta offensiva del bene giuridico rappresentato dal controllo dello Stato sui flussi migratori, poiché tale controllo, nel caso delle attività di ricerca e soccorso, non viene affatto meno». Tale conclusione, in particolare, risulterebbe avvalorata dalla copiosa giurisprudenza che esclude la contestazione del reato di ingresso e soggiorno irregolare dei migranti tratti in salvo (art. 10-bis T.U. imm.) proprio argomentando dall'impossibilità di qualificare come illegale il loro ingresso. Sul punto, *supra*, Cap. III, par. 2, nota 318.

⁵³⁰ In tal senso cfr. C. PITEA, S. ZIRULIA, *Friends, not foes: qualificazione penalistica delle attività delle Ong di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SIDIBlog*, 26 luglio 2019.

mancante in ragione della riluttanza manifestata da queste ultime a rispondere alle richieste di indicazione di un porto sicuro dove attraccare»⁵³¹.

4.1. L'esclusione della punibilità per il difetto di anti giuridicità delle condotte: lo stato di necessità nel caso *Open Arms*

Gli orientamenti interpretativi fondati sul presunto difetto di tipicità delle condotte di favoreggiamento contestate alle o.n.g. non hanno trovato riscontro nella giurisprudenza prevalente la quale, anche alla luce della formulazione dell'art. 12 T.U. imm., ritiene certo che «almeno a livello di tipicità, (oggettiva e soggettiva), le condotte pur compiute con finalità solidaristiche, ma che agevolano in qualsiasi modo l'arrivo in Italia di stranieri privi di titolo per l'ingresso, integrano gli estremi dei gravi delitti previsti dai co. 1 e 3 dell'art. 12 T.U.I.»⁵³². Ciò nondimeno, tali comportamenti, per quanto corrispondenti allo schema legale astratto delineato da corrispondenti norme incriminatrici, possono ugualmente risultare non punibili per l'applicazione di una causa di giustificazione.

I primi e più rilevanti provvedimenti giudiziari resi nell'ambito delle attività di soccorso in mare, in particolare, hanno escluso la punibilità delle condotte contestate facendo leva sulla sussistenza dei presupposti dello stato di necessità.

Tale qualificazione ha interessato la vicenda cautelare, particolarmente emblematica, che ha riguardato il sequestro e il successivo dissequestro della *Open arms*, al cui capitanato – dopo il soccorso di oltre 218 migranti effettuato al largo della costa libica il 15 marzo 2018 – la Procura di Catania contestò la fattispecie associativa di cui all'art. 416, co. 6, c.p., in concorso con l'art. 12, co. 3 e 3-bis, T.U. imm., richiedendo ed ottenendo la convalida del sequestro preventivo della nave. Le contestazioni formulate si basavano sulle presunte collusioni tra la o.n.g. spagnola e le bande criminali libiche che avrebbero dovuto consegnare all'ente i migranti, accuse accolte solo in parte dal g.i.p. di Catania che, pur avendo convalidato il sequestro, non reputò sufficienti gli elementi posti a fondamento del delitto

⁵³¹ S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 9.

⁵³² L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., pp. 31-32.

associativo e, di conseguenza, trasmise per competenza gli atti al Tribunale di Ragusa⁵³³. Senonché, proprio il nuovo g.i.p. investito del giudizio rigettò la richiesta di conferma del decreto di sequestro e dispose il dissequestro della nave, ritenendo che l'indagato avesse agito in presenza di un vero e proprio stato di necessità⁵³⁴. All'esito di un'accurata ricostruzione della locuzione *place of safety* posta dal diritto del mare, doveva, infatti, ritenersi scriminata la condotta del comandante della nave che si era rifiutato di collaborare con la Guardia costiera libica dato che un simile comportamento avrebbe senz'altro esposto i migranti tratti in salvo al pericolo attuale di un danno grave alla persona⁵³⁵.

Tale ricostruzione esegetica, confermata in numerose successive pronunce, ha, dunque, ancorato la non punibilità dei soccorritori al difetto di antiggiuridicità dei comportamenti posti in essere in quanto, anche a voler considerare l'annoso dibattito circa la natura da attribuire all'esimente descritta dall'art. 54, co. 1, c.p.⁵³⁶, il "soccorso di necessità" rappresenterebbe da sempre, per i sostenitori della teoria oggettiva, la miglior riprova di come in simili ipotesi non venga in gioco un problema di turbamento del processo motivazionale dell'agente tale da escludere la colpevolezza, ma, piuttosto, di bilanciamento tra interessi e, dunque, una causa di giustificazione⁵³⁷.

La soluzione, del resto, non muta anche aderendo all'orientamento, ormai prevalente nella dottrina italiana, che propende per una ricostruzione differenziata

⁵³³ L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 28. Vale rilevare come il Tribunale di Catania abbia espressamente escluso la sussistenza di uno stato di necessità ex art. 54 c.p. in quanto le considerazioni relative al pericolo di torture e trattamenti inumani cui i migranti sarebbero stati esposti una volta riportati in Libia, a parere del decidente, non assumevano alcuna rilevanza secondo la legislazione italiana e quella internazionale.

⁵³⁴ Cfr. Trib. Ragusa, Ufficio G.i.p., Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, 16 aprile 2018 (dep. 16 aprile 2018), con nota di M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 aprile 2018.

⁵³⁵ Cfr. F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. umani dir. int.*, 2018, p. 448. Le considerazioni svolte dal g.i.p. di Catania sono state condivise anche dal giudice per l'udienza preliminare che lo scorso 4 novembre 2020, a fronte della richiesta di rinvio a giudizio formulata dalla Procura iblea, ha emesso una sentenza di non luogo a procedere nei confronti del comandante, decisione tempestivamente impugnata in appello dalla pubblica accusa.

⁵³⁶ Per un'approfondita ricostruzione del dibattito cfr. spec. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 32 ss.

⁵³⁷ In tal senso C.F. GROSSO, voce *Necessità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, p. 882 ss. *Contra*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 329 ss. che propende per la qualificazione in termini di scusante.

delle ipotesi di non punibilità che si ricollegano allo stato di necessità⁵³⁸. In tal senso, il fatto si considera “scusato” qualora comporti il sacrificio di un bene di maggiore o pari rilievo rispetto a quello da salvaguardare. Diversamente, la condotta risulterà “giustificata” se determina l’offesa ad un bene di minor rilievo, come accade nelle ipotesi di soccorso considerate, nelle quali non è in dubbio la minor rilevanza dell’interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori rispetto ai diritti vantati dai migranti tratti in salvo.

4.2. *Segue. Il riconoscimento dell’adempimento di un dovere dei soccorritori dal caso Cap Anamur a quello Rackete*

Accanto al filone interpretativo che ha ravvisato, nelle ipotesi di soccorso in mare, i presupposti applicativi dello stato di necessità di cui all’art. 54 c.p., ha preso forma un diverso orientamento che ha optato per l’applicazione dell’esimente dell’adempimento di un dovere (art. 51 c.p.).

Per vero, tale soluzione era stata già applicata ad un più risalente caso giudiziario del 2009 avente ad oggetto l’accertamento dei profili di responsabilità penale per il delitto di cui all’art. 12 T.U. imm. in capo ai membri dell’equipaggio della nave tedesca *Cap Anamour* a seguito del soccorso e del trasporto in Italia di 37 cittadini stranieri⁵³⁹. Rispetto alle condotte contestate, infatti, fu riconosciuta la sussistenza della scriminante dell’adempimento di un dovere, ex art. 51 c.p., imposto dal quadro normativo internazionale in materia di ricerca e soccorso in mare.

Tale soluzione interpretativa, tuttavia, ha stentato ad affermarsi nella giurisprudenza successiva, come dimostra uno dei primi provvedimenti giudiziari resi all’indomani dell’introduzione dell’obbligo di sottoscrizione del Codice di condotta a carico delle o.n.g., con il quale si dispose il sequestro preventivo della nave *Iuventa* della o.n.g. tedesca *Judeng Rettet*. In particolare, nella sua decisione del 2 agosto 2017, il g.i.p. presso il Tribunale di Trapani, dopo aver richiamato

⁵³⁸ Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 379 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 304 ss.

⁵³⁹ S. BERNARDI, *I possibili profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., p. 136; M. COTTONE, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all’immigrazione clandestina via mare*, in *L’immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell’esperienza europea*, cit., p. 85 ss.; A. MANGIARACINA, *Brevi note in tema di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1163 ss.

espressamente il precedente *Cap Anamour*, mise in evidenza le differenze fattuali idonee a giustificare, per il caso in esame, il mancato riconoscimento della scriminante ex art. 51 c.p. A suo avviso, infatti, tale scriminante sarebbe potuta entrare in gioco solo quando i soggetti soccorsi si fossero trovati in una situazione di pericolo legata alle condizioni di navigazione⁵⁴⁰, sul presupposto per il quale solo una simile condizione avrebbe giustificato l'attivazione degli obblighi sovranazionali di intervento.

Un significativo cambio di passo si è avuto, invece, con la più recente vicenda *Rackete*, nella quale il comandante della nave umanitaria *Sea Watch 3* all'esito del soccorso prestato in favore di 53 persone nella zona s.a.r. libica, dopo una lunga fase di stallo al largo delle coste italiane⁵⁴¹, ha forzato il blocco della autorità italiane per consentire lo sbarco dei migranti soccorsi ed è stata tratta in arresto in relazione ai delitti di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.), oltre che separatamente indagata per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

La vicenda cautelare si è, infatti, conclusa con il riconoscimento della scriminante di cui all'art. 51 c.p. da parte del g.i.p. presso il Tribunale di Agrigento che, all'esito di un'approfondita analisi del quadro normativo applicabile alle attività di *search and rescue at sea*, ha ritenuto sussistente l'adempimento di un obbligo giuridicamente vincolante.

Tale decisione è stata poi confermata, in sede di appello, dalla Suprema Corte di Cassazione che, coerentemente con le norme richiamate dal Tribunale di Agrigento nel tentativo di perimetrare il concetto di *place of safety*, ha condiviso l'idea secondo

⁵⁴⁰ L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, cit., p. 26.

⁵⁴¹ La nave umanitaria *Sea Watch 3*, battente bandiera olandese, la mattina del 12 giugno 2019 soccorse 53 persone in acque internazionali, nella zona s.a.r. libica. Una volta terminate le operazioni di salvataggio, il comandante della nave chiese l'assegnazione di un *place of safety* e, dopo aver ricevuto l'ordine di riportare i migranti in Libia, decise di non assecondare la direttiva ricevuta (ritenendo che la Libia non costituisse un luogo sicuro dove condurre le persone tratte in salvo) e di dirigersi verso l'Italia. Dopo circa due settimane di attesa trascorse in alto mare in un clima di crescente tensione emotiva, a fronte della perdurante inerzia delle autorità italiane nell'indicazione di un luogo di sbarco, la situazione di *impasse* si sbloccò definitivamente solo nelle prime ore del 29 giugno 2019, quando Carola Rackete decise di forzare il blocco delle autorità italiane e di dirigersi verso la banchina del molo commerciale di Lampedusa dove, nelle operazioni di ormeggio, urtò una vedetta della Guardia di Finanza. Sul punto sia consentito il richiamo al nostro C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei Casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir., imm. e citt.*, 2020, n. 1, p. 185 ss.

cui non «può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave»⁵⁴².

L'adozione di tale decisione, probabilmente anche in ragione dell'elevato impatto mediatico acquistato dalla vicenda, ha assunto una rilevanza considerevole all'interno dell'elaborazione pretoria successiva, nella misura in cui ha segnato l'inizio di un nuovo corso giurisprudenziale volto a fondare la non punibilità degli agenti impegnati nelle operazioni di salvataggio in mare, non più sull'art. 54 c.p., ma sulla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., in un'ottica densa di significato, se non per altro, per la sua capacità di porre in evidenza l'esistenza di doveri giuridicamente vincolanti di soccorso che nemmeno la legge penale è in grado di obliterare.

4.3. *Segue.* La disciplina del conflitto di doveri tra stato di necessità e adempimento di un dovere

La casistica innanzi richiamata mostra come la condotta di chi agisce in base ad un obbligo di intervento in favore di un terzo che versa in una situazione di pericolo attuale per la sua incolumità risulti sussumibile sotto l'ambito di applicazione sia del soccorso di necessità *ex art.* 54 c.p., che dell'adempimento di un dovere previsto dall'art. 51 c.p.

L'incerta qualificazione delle ipotesi considerate, a ben vedere, rientra nel più ampio problema della soluzione da riconoscere a quella particolare situazione antinomica che prende il nome di “conflitto di doveri”, la quale si configura ogniqualvolta due norme giuridiche di carattere prescrittivo, una di comando e l'altra di divieto⁵⁴³, qualificano una medesima condotta in termini contrari. Il terreno

⁵⁴² Cass., sez. III, sent. 16 gennaio 2020 (dep. 20 febbraio 2020), n. 6626, in *www.sistemapenale.it*, con nota di S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, 24 febbraio 2020.

⁵⁴³ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 511-512, in cui l'Autore rileva che, in aggiunta alla tipologia di conflitto appena menzionata, la dottrina penalistica tedesca non solo considera anche l'ipotesi del conflitto tra due norme di obbligo, che sorge allorché l'adempimento dell'una comporti

elettivo del tema del “conflitto di doveri” attiene alla responsabilità per trattamenti medico-sanitari, ma una significativa casistica concerne anche l’ambito degli obblighi di soccorso che, in assenza di specifiche norme, traggono fondamento dall’art. 593, co. 2, c.p.⁵⁴⁴. In particolare, qualora un dovere di soccorso previsto in favore di un soggetto in pericolo imponga la realizzazione di fatti di reato, sorge un conflitto tra la norma di comando che prescrive l’obbligo di agire e la norma incriminatrice che vieta la realizzazione di certe condotte.

Si tratta della situazione che emerge nei casi in esame, nei quali, agli obblighi internazionali di soccorso incombenti sui comandanti delle navi, fanno da contraltare norme incriminatrici di divieto, prima fra tutte quella che prevede il reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare di cui all’art. 12 T.U. imm.

A fronte di simili conflitti normativi, l’individuazione della disposizione applicabile consegue, di regola, all’impiego degli ordinari criteri risolutivi delle antinomie giuridiche (gerarchico, di specialità e cronologico). Essi, tuttavia, non risultano decisivi in un numero considerevole di casi: ciò, ad esempio, si verifica quando la norma generale è anche successiva o nell’ipotesi in cui, tra le norme in conflitto, non sussista un rapporto di specialità ma di mera interferenza⁵⁴⁵, come nelle vicende considerate, nelle quali la norma incriminatrice in tema di favoreggiamento risulta applicabile a gran parte, ma non necessariamente a tutte le azioni che rientrano nella classe di condotte riconducibili al dovere di soccorso in mare.

In tali casi, la soluzione applicativa più adeguata al fatto concreto deve, quindi, essere ricavata in via ermeneutica dall’interprete attraverso una delicata valutazione comparativa delle norme considerate e un’esegesi sistematica e teleologicamente orientata volta ad individuare il dovere prevalente⁵⁴⁶.

necessariamente l’inadempimento dell’altra, ma anzi riserva solo a quest’ultima la dizione di “conflitto di doveri in senso proprio” (*echte Pflichtenkollision*).

Rispetto alla delimitazione del concetto di “conflitto di norme” cfr. anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 53 ss., dove l’Autore evidenzia come nel conflitto di norme, a differenza del concorso di norme, venga in rilievo la simultanea applicazione di disposizioni non solo concorrenti, ma anche tra loro antitetiche.

⁵⁴⁴ Cfr. U. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, p. 4 ss.

⁵⁴⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 495-496.

⁵⁴⁶ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 492 ss., ove si evidenzia che l’interpretazione correttiva di una delle

Orbene, se gli studiosi sono concorsi nel ritenere che nei conflitti antinomici in esame l'obbligo prevalente possa coincidere con quello di soccorso, non esiste una corrispondente uniformità di opinioni su quale sia la causa di esclusione dell'antigiuridicità in grado di ampliare lo spazio di liceità della condotta degli agenti a fronte della norma incriminatrice contestata (nel caso di specie rappresentata dall'art. 12 T.U. imm.).

Una prima ricostruzione propende per l'applicazione dell'art. 54 c.p. muovendo da una tesi tradizionalmente sostenuta nella dottrina tedesca, secondo la quale il conflitto di doveri non rappresenterebbe altro che una speciale ipotesi di stato di necessità giustificante *ex* § 34 StGB⁵⁴⁷, la cui unica particolarità risiederebbe nella circostanza per cui l'agente non ha la semplice facoltà, ma il vero e proprio dovere di attivarsi per la difesa di un certo bene giuridico⁵⁴⁸. Viceversa, l'art. 51 c.p. resterebbe applicabile solo per le condotte penalmente rilevanti, la cui esecuzione sia espressamente imposta da una norma di dovere, ponendosi in rapporto di specialità rispetto alla disposizione di divieto.

E tuttavia è stato rilevato come tale ricostruzione risulti poco compatibile con il sistema penale interno. In primo luogo, l'adozione della prospettiva dello stato di necessità condurrebbe a conseguenze aberranti se si considera che tale esimente, anche se interpretata come causa di giustificazione, nel nostro ordinamento si limita a conferire una mera facoltà di compimento del fatto e non un dovere di intervento⁵⁴⁹. Sarebbe infatti paradossale il risultato per cui «i diritti – che l'art. 2 della Carta costituzionale vigente definisce inviolabili – attribuiti alla persona umana

norme in conflitto, la quale porta ad escludere dal suo campo di applicazione la classe di casi cui è riconducibile la fattispecie concreta, deve derivare da un bilanciamento degli interessi tutelati dall'una e dall'altra norma, al fine di individuare quello più rilevante secondo l'ordinamento giuridico.

⁵⁴⁷ Il § 34 StGB dispone che: «Chi commette un fatto per allontanare da sé o da altri un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o un altro bene giuridico non agisce antigiuridicamente se nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ovvero tra i beni giuridici offesi ed il grado del pericolo che li minaccia, l'interesse protetto prevale in modo essenziale su quello leso. Ciò peraltro vale solo in quanto il fatto rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo». Cfr. AA. VV., *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2003, p. 67.

⁵⁴⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., p. 511-512, in cui l'Autore nota come una soluzione parzialmente diversa sia stata elaborata dalla dottrina tedesca in caso di "conflitto di doveri in senso proprio", ovvero di conflitti tra due doveri di azione, come nel classico esempio del medico che si trovi a soccorrere contemporaneamente due pazienti che abbisognano di un immediato intervento rianimatorio. In queste situazioni viene in rilievo una causa di giustificazione "sovraleale" solo assimilabile allo stato di necessità giustificante.

⁵⁴⁹ A tal riguardo cfr. U. GIULIANI, *op. cit.*, pp. 23-24.

verrebbero a dipendere da una decisione completamente facoltativa e addirittura arbitraria di chi si trovasse in grado di prestare soccorso»⁵⁵⁰.

Sulla scorta di tali considerazioni un diverso e preferibile orientamento ritiene che la scriminante più adatta a giustificare le condotte in esame si rinvenga nell'art. 51 c.p. che, secondo questa diversa prospettiva, sarebbe applicabile a tutte quelle condotte imposte, non solo espressamente ma anche solo implicitamente, dall'adempimento dell'obbligo di soccorso. L'assunto troverebbe conferma in alcune significative differenze che, sul piano normativo, distinguono il soccorso di necessità, *ex art. 54 c.p.*, da quello doveroso, *ex art. 51 c.p.*, prima fra tutte l'obbligo di corrispondere al danneggiato un'indennità equitativamente determinata in via giudiziale, previsto all'art. 2045 c.c.

Facendo leva su questa disposizione – e muovendo da una concezione particolarmente ampia di sanzione, riferita ad ogni conseguenza giuridica che l'ordinamento ricollega alla commissione di un illecito – tale orientamento sostiene che l'art. 2045 c.c. strutturi una vera e propria sanzione civile, con la conseguenza di ritenere che il fatto commesso in stato di necessità, a differenza delle altre cause di giustificazione disciplinate all'interno del codice, escluda l'antigiuridicità solamente penale del fatto, lasciando, invece, inalterata quella extrapenale⁵⁵¹. Ne deriva che la condotta di chi realizza un fatto di reato in stato di necessità non può essere assimilata a quella di chi agisce in adempimento di un dovere, non solo in considerazione del carattere meramente facoltativo e non doveroso dell'intervento, ma soprattutto perché il fatto necessitato, a differenza di quello imposto, sarebbe solo penalmente scriminato.

A ben vedere, anche l'impostazione da ultimo considerata non va esente da critiche nella misura in cui presuppone l'adesione ad una concezione non unitaria di antigiuridicità che, per un verso, pregiudica le esigenze di certezza del diritto e, per altro verso, si presta a possibili strumentalizzazioni in favore delle condotte dei pubblici agenti che, con il pretesto di agire in situazioni necessitate, non osservino le

⁵⁵⁰ U. GIULIANI, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵¹ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, pp. 388-389. In tal senso cfr. K. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, 1983, *passim*, che propende per una ricostruzione frammentata dell'antigiuridicità del fatto.

norme di diritto pubblico che limitano il loro intervento⁵⁵². Del resto, la stessa indennità prevista dall'art. 2045 c.c. non presuppone necessariamente il carattere illecito del fatto realizzato, ma può ben essere intesa quale conseguenza giuridica che il legislatore impone a fronte della realizzazione di un fatto sì dannoso, ma pur sempre lecito, in un'ottica di riequilibrio patrimoniale.

Di conseguenza, accedendo ad un concetto unitario di antigiuridicità e ritenendo che l'applicazione tanto dell'adempimento di un dovere quanto dello stato di necessità determini il difetto di antigiuridicità del fatto alla luce dell'intero ordinamento giuridico, deve darsi atto della sussistenza di un concorso di cause di giustificazione⁵⁵³, nell'ambito del quale la prioritaria applicazione dell'art. 51 c.p. poggia, da un lato, sul carattere doveroso della condotta che in questi casi sembra indiscutibilmente venire in rilievo, e, dall'altro, sulla considerazione degli effetti maggiormente favorevoli che dal riconoscimento di tale scriminante derivano per l'agente.

Sulla scorta di tali rilievi, si ritiene, dunque, che la riconduzione delle ipotesi di soccorso doveroso al perimetro applicativo della scriminante dell'adempimento di un dovere riesca a garantire l'applicazione di un regime giuridico più coerente con il contesto fattuale in cui le condotte considerate si inscrivono e, allo stesso tempo, a soddisfare meglio quegli inderogabili doveri di solidarietà sociale, scolpiti nella Carta costituzionale e ribaditi nelle Convenzioni internazionali, che riconoscono la sussistenza di un vero e proprio dovere di intervento ogniqualvolta venga in gioco la tutela di beni fondamentali della persona.

⁵⁵² G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 134, in cui l'Autore evidenzia che «Per legittimare comportamenti arbitrari di titolari di pubbliche funzioni, e per svincolarne facoltà e doveri di intervento dai limiti segnati dalle speciali norme di diritto pubblico [...] si è infatti cercato altrove le norme su cui fondare la totale impunità dei pubblici funzionari, o almeno l'assoggettamento solo alle blande sanzioni disciplinari». Sul punto cfr. ID., *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 181 ss.

⁵⁵³ C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, cit., p. 48 ss.

4.4. Il difetto di colpevolezza *ex art. 54, co. 3, c.p.* e la riscoperta della teoria dell'autore mediato

Occorre, da ultimo, dare conto di un orientamento sviluppatosi nella prassi applicativa che, rispetto alla casistica in oggetto, tende ad escludere la punibilità dei soccorritori muovendo dalla sussistenza non di una causa di giustificazione che esclude l'antigiuridicità del fatto, ma di fattori esogeni alla condotta incriminata, idonei a vulnerare la libertà di autodeterminazione dell'agente.

Al fine di comprendere la soluzione proposta, occorre muovere dall'esame della più recente strategia adottata dai trafficanti di uomini per l'organizzazione e l'esecuzione del trasporto dei migranti verso le coste europee, la quale si sostanzia nella sistematica suddivisione del viaggio in due parti: nella prima fase, i migranti sono trasportati a bordo di navi-madre che li conducono dal porto di partenza verso l'alto mare; nella seconda parte del viaggio, invece, essi vengono trasbordati su natanti più piccoli «al solo fine di provocare artatamente le condizioni legittimanti il soccorso in mare e la successiva riconduzione nei porti europei da parte dei soccorritori»⁵⁵⁴.

A fronte di un simile *modus operandi*, la Suprema Corte ha sostenuto la possibilità di ricostruire l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) «ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 4 giugno 2014.

⁵⁵⁵ Cass., sez. I, sent. 28 febbraio 2014 (dep. 27 marzo 2014), n. 14510, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 939 ss., nella quale, peraltro, è evidente l'errore terminologico in cui è incorsa la Corte nella parte in cui definisce come "autori mediati" gli esecutori materiali del reato. Cfr. A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, cit.; M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata" in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 583 ss.; S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo*, cit., p. 286 ss. In termini analoghi alla pronuncia citata cfr. Cass., sez. I, sent. 23 maggio 2014 (dep. 20 agosto 2014); Cass., sez. I, sent. 10 dicembre 2014 (dep. 23 gennaio 2015), n. 3345; Cass., sez. I, sent. 8 aprile 2015 (dep. 18 maggio 2015), n. 20503; Cass., sez. IV, sent. 8 marzo 2018 (dep. 30 marzo 2018), n. 14709, ove si afferma che «il principio generale ricavabile dal

L'adesione a tale soluzione ermeneutica implica, dunque, l'esclusione della responsabilità dei soccorritori-autori immediati per i fatti di favoreggiamento materialmente realizzati sulla base del difetto di colpevolezza del loro agire, che è stato interamente determinato dalla condotta dei trafficanti autori-mediati. Questi ultimi, infatti, restano gli unici soggetti chiamati a rispondere della violazione dell'art. 12 T.U. imm. in quanto, pur arrestando la loro azione al limite territoriale delle acque internazionali, sono artefici di un piano criminoso e di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta o spezzata nella sua continuità dall'intervento dei soccorritori che, anzi, risulta a loro pienamente riconducibile⁵⁵⁶.

Invero una simile ricostruzione, comprensibilmente motivata da esigenze di estensione della giurisdizione italiana, presta il fianco a diverse riserve critiche. Al di là delle tratlative resistenze mostrate dalla dottrina interna rispetto all'adesione alla teorica della reità mediata che, come noto, affonda le proprie radici nell'ordinamento tedesco⁵⁵⁷, si ritiene che siano altre le ragioni ostative all'accoglimento di questa tesi per i fatti in esame.

diritto internazionale consuetudinario è quello della soggezione delle navi pubbliche e private in alto mare alla giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera. [...] Un'interpretazione derogatoria rispetto a siffatti principi è però consentita, in alcune ipotesi, dagli istituti del c.d. diritto di inseguimento a caldo (*hot pursuit*) e della c.d. presenza costruttiva (*constructive presence*), disciplinati dall'art. 23 della Convenzione di Ginevra sul diritto del mare, nonché dall'art. 111 della già citata Convenzione di Montego Bay. [...] Maggiori problemi pone il caso in cui anche la nave minore si trovi ancora fuori delle acque territoriali, ipotesi nella quale viene tendenzialmente esclusa la giurisdizione italiana (in tal senso si sono espresse, ad esempio, alcune pronunzie giurisprudenziali di merito). In alcuni casi, tuttavia, una visione realistica del fenomeno del traffico di migranti impone di considerare, come osservato da autorevole dottrina, che il trasbordo in alto mare dei migranti dalla nave madre ai navigli minori non rappresenta altro che "un tassello, essenziale e pianificato, di una catena più articolata e strutturata che, nella totalità dei casi, appare il frutto di un disegno volto a preservare il natante principale (nave madre) e i trafficanti, da attività di captazione investigativa ad opera delle Forze dell'ordine degli Stati rivieraschi"».

⁵⁵⁶ Cfr. G. RICCIO, *L'autore mediato*, Napoli, 1939, p. 140 ss. che, nell'inquadramento delle norme relative alla reità mediata nel nostro sistema positivo ricomprende sia l'art. 46 c.p., che l'art. 54, co. 3, c.p.

⁵⁵⁷ Tale figura è stata elaborata da quella parte della dottrina tedesca che, nell'ambito del concorso di persone nel reato, sosteneva la c.d. teoria dell'accessorietà estrema, secondo la quale la condotta dell'esecutore materiale deve risultare tipica, antigiuridica e colpevole. Per colmare le conseguenti lacune che si profilavano rispetto alla punibilità di condotte di partecipazione atipiche e accessorie rispetto ad un fatto realizzato da un soggetto incolpevole, si considerava come autore, seppure mediato, punibile ai sensi della stessa fattispecie monosoggettiva, chi usava la condotta incolpevole altrui come puro strumento esecutivo di un reato. La dottrina italiana prevalente ritiene priva di utilità l'applicazione della figura dell'autore mediato nel nostro ordinamento, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 523, nota 19; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, 2017, pp. 349-350; ID., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, p. 187 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 507-509.

In primo luogo, è stato rilevato come la condotta dei trafficanti sia difficilmente sussumibile entro il paradigma della minaccia di cui all'art. 54, co. 3, c.p., difettando la prospettazione da parte dell'agente «di un danno ingiusto, futuro e dipendente dalla volontà del minacciante che costituisce lo *specificum* della condotta minatoria»⁵⁵⁸. I trafficanti, infatti, non prefigurano affatto di arrecare un pregiudizio futuro ai migranti, ma li espongono direttamente ad una situazione di pericolo che deriva dal naturale decorso degli eventi, con l'esito paradossale di giungere all'applicazione dell'art. 54, co. 3, c.p. in assenza del suo presupposto caratterizzante, ovvero quello della coazione morale⁵⁵⁹.

A quanto rilevato, si aggiunge, poi, che dalla ricostruzione della Suprema Corte sembrerebbe «che la conduzione dei migranti nel nostro territorio costituisca l'«evento» del reato descritto dalla fattispecie di cui all'art. 12 T.U.»⁵⁶⁰, mentre il tipo criminoso del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare risponde allo schema del reato di mera condotta a forma libera, così come del resto confermato da una recentissima pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵⁶¹.

Ma è soprattutto la decisione di fondare l'esclusione della punibilità dei soccorritori su una scusante a suscitare i dubbi di maggior rilievo, dal momento che, nelle vicende considerate, la scelta politico-criminale di rinunciare all'esercizio della pretesa punitiva meglio si attaglia alla logica e alla funzione assegnata alle scriminanti, piuttosto che a quella generalmente ascritta alle scusanti o cause di

In senso contrario cfr. A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, p. 73 ss., spec. p. 86, ove l'Autore afferma che «il principio secondo cui il concorso nel fatto di un soggetto che opera senza l'elemento psicologico caratteristico del tipo del fatto incriminato [...] non rientra nel concetto della compartecipazione criminosa, ma unicamente, e sotto determinate condizioni, in quello della c.d. reità mediata: ciò significa, evidentemente, che la nozione di «reato» abbraccia, nella struttura della fattispecie di concorso, anche e soprattutto l'elemento psicologico nelle forme del dolo e della colpa». Analogamente v. C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, p. 572 ss. che, tuttavia, non ravvisano nell'art. 54, co. 3, c.p. un'ipotesi di autorità mediata.

⁵⁵⁸ S. BERNARDI, *I possibili profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., p. 140.

⁵⁵⁹ Cfr. M. FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *Leg. pen.*, 25 giugno 2018, p. 1 ss.

⁵⁶⁰ M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'«autorità mediata» in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, cit., p. 585; S. MANACORDA, *Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, p. 39.

⁵⁶¹ S. ZIRULIA, *sub art. 12 T.U. immigrazione*, in *Codice penale commentato, diretto da E. Dolcini e F. Gatta*, cit., p. 2674. Sul punto *supra*, Cap. III, par. 5.1.

esclusione della colpevolezza (*rectius*, della responsabilità penale⁵⁶²). A tal riguardo basti considerare la diversa valutazione normativa sottesa a queste due categorie di cause di non punibilità: «una causa di giustificazione presuppone che due interessi collidano reciprocamente, così che solo l'uno o l'altro può prevalere. [...] Una scusante [...] presuppone invece che l'autore abbia agito in modo antiggiuridico, cioè che non si possa richiamare ad un controinteresse riconosciuto dall'ordinamento»⁵⁶³.

Orbene, non sembra possibile dubitare del fatto che nei casi considerati vengano in rilievo almeno due interessi in conflitto: da un lato quello dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori; dall'altro, il diritto delle persone tratte in salvo al ricovero in un luogo sicuro, cui fa da contraltare un vero e proprio dovere di soccorso che incombe sugli Stati (di bandiera e costieri) e sui comandanti delle imbarcazioni coinvolte nelle operazioni di salvataggio. A fronte del riconoscimento di un simile conflitto, l'interprete non può che ritrovare nella categoria dell'antigiuridicità la sua naturale sede compositiva⁵⁶⁴.

Del resto, anche i problemi di giurisdizione che hanno occasionato l'adozione della ricostruzione in esame sembrano ridimensionarsi alla luce delle più recenti acquisizioni maturate in materia di criteri di determinazione della potestà punitiva⁵⁶⁵. Difatti, ogniquale volta si rilevi che «porzioni, anche minime, di una o più delle fattispecie astrattamente configurabili si siano realizzate sul territorio, nelle acque interne, nel mare territoriale o (secondo un orientamento estensivo) nella c.d. zona contigua italiana»⁵⁶⁶, il riconoscimento dello *ius puniendi* interno viene a fondarsi su una lettura particolarmente estensiva dell'art. 6, co. 2, c.p.

Al di fuori dell'ambito di applicazione del principio di territorialità, gli interpreti, invece, ricorrono alle potenzialità applicative dell'art. 7 c.p. e ss. che,

⁵⁶² Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 88 ss.; C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, cit., p. 149 ss.

⁵⁶³ C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, cit., p. 90.

⁵⁶⁴ Cfr. C. ROXIN, *op. loc. ult. cit.*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 26 ss.

⁵⁶⁵ Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, cit., p. 9 ss. Per una sintetica ricostruzione dei più rilevanti profili problematici in punto di giurisdizione in questo settore si rimanda a Cass., sez. IV, sent. 8 marzo 2018 (dep. 30 marzo 2018), n. 14709.

⁵⁶⁶ S. MANACORDA, *Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità*, cit., p. 36.

notoriamente, opera «in una logica discendente che si dipana dalla punibilità incondizionata di delitti di particolare significatività per il nostro ordinamento, sino al riconoscimento di una competenza per fatti commessi dallo straniero in danno di altro straniero al di fuori di qualsivoglia collegamento territoriale con l'Italia, ma solo in presenza di condizioni di ordine sostanziale e procedurale che raggiungono connotati via via più stringenti nell'ipotesi dell'art. 10 c.p.»⁵⁶⁷.

In quest'ottica, dinanzi a fattispecie di carattere associativo, è ricorrente il richiamo alla previsione di cui all'art. 7, n. 5, c.p. Tale disposizione, infatti, rubricata "Reati commessi all'estero", introduce un'eccezione al generale regime di territorialità previsto dagli artt. 3 e 6 c.p. e, nella previsione positivizzata al n. 5, fonda la giurisdizione italiana ogniqualvolta venga in rilievo un reato per il quale l'applicabilità della legge penale interna sia disposta da speciali disposizioni di legge o da convenzioni internazionali, nel caso di specie rappresentata dalla Convenzione di Palermo del 2002 e, segnatamente, dai suoi artt. artt. 15, par. 2, lett. c), e 5, par. 1⁵⁶⁸.

Questa soluzione interpretativa, tuttavia, non risulta praticabile con riferimento a tutte quelle fattispecie di reato per le quali manchino analoghe fonti internazionali in grado di estendere la giurisdizione italiana al di fuori dei confini territoriali ed è proprio dinanzi a tali difficoltà applicative che, sempre più spesso, si propone un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 c.p. orientata «alla tutela solidale dell'uomo»⁵⁶⁹. In questa direzione, volta a valorizzare gli sviluppi internazionali in tema di diritti umani, si evidenzia come la "strada della internazionalizzazione"⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ S. MANACORDA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁶⁸ L'art. 15, par. 2, lett. c), consente agli Stati firmatari di assoggettare alla propria giurisdizione una fattispecie di reato ogniqualvolta «Il reato è: (I) Uno di quelli stabiliti ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, della presente Convenzione ed è commesso al di fuori del suo territorio, al fine di commettere un grave reato sul suo territorio». A sua volta, l'art. 5, par. 1, prevede un obbligo di criminalizzazione rispetto ad alcune fattispecie di "Partecipazione ad un gruppo criminale organizzato" e, in particolare, alla condotta di chi si accorda «con una o più persone per commettere un reato grave per un fine concernente direttamente o indirettamente il raggiungimento di un vantaggio economico o altro vantaggio materiale e, laddove richiesto dalla legislazione interna, riguardante un atto commesso da uno dei partecipanti in virtù di questa intesa o che coinvolge un gruppo criminale organizzato».

⁵⁶⁹ In questo senso cfr. S. ORLANDO, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 157; S. MANACORDA, *Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità*, cit., p. 42.

⁵⁷⁰ S. MANACORDA, *op. loc. ult. cit.*, ove l'Autore sottolinea come la strada della internazionalizzazione della risposta sia «tracciata, anche nella logica di una maggiore

della risposta punitiva abbia già dei riscontri all'interno del nostro sistema penale – dove se ne troverebbe traccia all'art. 604 c.p. – e di quello normativo europeo, in particolare nell'ordinamento tedesco dove, ai sensi del § 6 StGB, la giurisdizione interna è riconosciuta «in caso di violazione di beni giuridici internazionalmente protetti [...], i quali sono in grado, pertanto, di dischiudere una giurisdizione universale – c.d. *Weltrechtsgrundsatz* – funzionale a dare maggiore tutela ai diritti umani»⁵⁷¹.

5. La criminalizzazione della solidarietà oltre le attività di ricerca e soccorso in mare

La giurisprudenza sulle attività di *search and rescue*, portate avanti dalle o.n.g., sembra essersi assestata sul riconoscimento del difetto di anti giuridicità delle condotte contestate, in applicazione delle ordinarie cause di giustificazione codicistiche e, in particolare, dell'art. 51 c.p.

La casistica sui soccorsi in mare, però, «rappresenta soltanto una delle più eclatanti manifestazioni di un fenomeno [...] che interessa a ben vedere un più ampio ventaglio di attività»⁵⁷². Proprio rispetto a questa restante classe di casi, per lo più inerenti alle attività di aiuto o supporto prestato ai migranti lungo le frontiere terrestri europee, sussiste, invero, minore uniformità di vedute circa la possibilità di ricorrere all'applicazione di cause di giustificazione del reato. In questo diverso contesto, infatti, l'assenza di obblighi internazionali di soccorso analoghi a quelli previsti per le attività di salvataggio in mare rende molto più difficile l'individuazione di un referente normativo atto a fondare un dovere di intervento scriminato *ex art.* 51 c.p.

D'altro canto, la doppia clausola di territorialità, contenuta all'interno dell'art. 12, co. 2, T.U. imm. esclude anche la possibilità di ricorrere alla c.d. “scriminante umanitaria”. Come già evidenziato, tale esimente richiede la presenza sul territorio italiano sia del soccorritore che del migrante favorito e, proprio in ragione del suo

corresponsabilizzazione della comunità internazionale nella gestione di un fenomeno che trascende le frontiere dei singoli Paesi occidentali, ma che li riguarda in egual misura».

⁵⁷¹ Cfr. S. ORLANDO, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, cit., p. 157; S. MANACORDA, *Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità*, cit., p. 42.

⁵⁷² S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 4.

limitatissimo ambito di operatività, in molti auspicano una sua modifica in senso ampliativo⁵⁷³.

Tali considerazioni inducono a ritenere che le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare contestate al di fuori delle attività di *search and rescue* siano destinate a divenire il terreno di sviluppo più problematico dei c.d. “delitti di solidarietà” che, nei loro risvolti applicativi più recenti, hanno interessato soprattutto i c.d. “movimenti migratori secondari” tra gli Stati membri dell'Unione europea e, in particolare, i flussi lungo il confine italo-francese. A tal riguardo «il caso che ha fatto maggiormente discutere, anche per gli importanti sviluppi giudiziari che ha generato, è quello che ha visto coinvolto, come imputato, l'agricoltore attivista Cédric Herrou, condannato dalla Corte d'Appello di *Aix en Provence* per favoreggiamento dell'ingresso, della circolazione e del soggiorno di stranieri irregolari»⁵⁷⁴. Da tale processo, come si è avuto modo di vedere, è derivata la parziale dichiarazione di incostituzionalità della scriminante umanitaria d'oltralpe⁵⁷⁵.

Così come in Francia, anche in Italia sono state numerose le accuse di favoreggiamento contestate alle associazioni di volontariato e agli attivisti impegnati a supportare i migranti che giungono nel nostro Paese lungo le diverse rotte di accesso o che, viceversa, desiderano lasciare l'Italia per dirigersi verso altri Stati⁵⁷⁶. Tra gli episodi di maggior risonanza mediatica vale rammentare la vicenda giudiziaria che ha coinvolto l'ex sindaco di Riace, Domenico Lucano, nei cui confronti è in corso un processo volto ad accertare la consumazione di alcune fattispecie criminose, tra le quali il favoreggiamento della permanenza irregolare di

⁵⁷³ In tal senso cfr. S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 31 ss. *Supra*, Cap. III, par. 4.

⁵⁷⁴ In tal senso cfr. S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 19.

⁵⁷⁵ *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2018/717-718 QPC*, 6 luglio 2018 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 622-4 CESEDA (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers ed du droit d'asile*) nella parte in cui non estende l'operatività della scriminante umanitaria, oltre che alle condotte di favoreggiamento della permanenza illegale, anche a quelle di favoreggiamento della circolazione di soggetti già irregolarmente presenti sul territorio francese. *Supra*, Cap. III, par. 4.

⁵⁷⁶ È recentissima la notizia dell'indagine per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare avviata dalla Procura di Trieste nei confronti di Gian Andrea Franchi e Lorena Fornasir, attivisti dell'associazione “Linea d'Ombra” da tempo impegnata a prestare aiuto ai migranti in transito lungo la rotta balcanica. Cfr. M. SALVI, *La solidarietà diventa reato. Irruzione a Linea d'Ombra*, in *www.manifesto.it*, 24 febbraio 2021.

stranieri, che si suppone realizzato attraverso la celebrazione di matrimoni non autentici tra cittadini italiani e migranti⁵⁷⁷.

Al di là della fondatezza delle ipotesi accusatorie prospettate e dei giudizi di valore relativi alle sempre più frequenti pratiche di disobbedienza civile messe in campo dagli attivisti del “diritto alla mobilità”, simili vicende hanno l’innegabile merito di far emergere l’intrinseca contraddittorietà del nostro sistema normativo che, fondato su valori di libertà e solidarietà sociale, ne svilisce il senso attraverso la criminalizzazione di primari bisogni umanitari o, semplicemente, di valori di coesione familiare. Proprio in quest’ultimo senso, particolarmente emblematica è la vicenda, dalla quale lo scorso dicembre il Tribunale di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 12, co. 3, lett. d), T.U. imm., relativa ad una giovane donna congolese accusata di aver agevolato l’ingresso *contra ius* della figlia e di un’altra minore sottoposta alle sue cure, mediante l’esibizione di passaporti falsi ai controlli di frontiera dell’aeroporto di Bologna⁵⁷⁸.

È allora soprattutto rispetto a queste vicende fattuali che si rende quanto mai necessario un intervento di riforma dei delitti di favoreggiamento, le cui previsioni non possono prescindere dalla considerazione delle finalità di solidarietà sociale o familiare in vista delle quali le condotte incriminate vengono realizzate, a maggior ragione se si tiene conto dell’estrema fumosità che avvolge il bene giuridico presuntivamente vulnerato, ovvero l’ordine pubblico⁵⁷⁹.

Nel frattempo, fermo restando il dovere di portare all’attenzione della Consulta le aporie di volta in volta intercettate nella prassi applicativa⁵⁸⁰, spetterà all’interprete il compito di frenare gli eccessi di penalizzazione che derivano da scelte politico-criminali poco ponderate e acriticamente mutuate dalle fonti sovranazionali. In questa direzione il principio di offensività del reato⁵⁸¹ potrà certamente rappresentare

⁵⁷⁷ Cfr. S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 17 ss.

⁵⁷⁸ S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell’immigrazione irregolare*, cit. *Supra*, Cap. III, par. 5.

⁵⁷⁹ *Supra*, Cap. III, par. 1.

⁵⁸⁰ In questa direzione fanno ben sperare le recenti aperture mostrate dalla giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla proporzionalità della pena evidenziate da S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 4

⁵⁸¹ Per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., *passim*.

una valida opzione esegetica. Non è questa la sede per poter anche solo accennare alla trattazione di questo fondamentale principio-cardine del diritto penale, ma sembra utile rammentare che secondo autorevole dottrina il referente codicistico dell'offensività, ovvero «l'art. 49, co. 2, c.p. si profila anche come il veicolo normativo attraverso cui dare ingresso alla regola della irrilevanza penale delle c.d. azioni socialmente adeguate»⁵⁸². Si tratta, in buona sostanza, di condotte che «solo apparentemente realizzano un'ipotesi di reato ma che in realtà sono parte integrante della vita di relazione e non costituiscono una manifestazione di disprezzo per il bene protetto, a causa della loro intrinseca conformità ai valori etico-sociali su cui si articola il sistema delle incriminazioni»⁵⁸³.

In questo senso, è possibile ritenere che le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione non sorrette da uno scopo di lucro e, anzi, animate da obiettivi di coesione sociale o familiare, poste in essere da singoli o da associazioni di volontariato, non siano affatto idonee a ledere il bene dell'ordine pubblico, tanto più se inteso – secondo la concezione accolta dalla giurisprudenza costituzionale – come bene “strumentale” preposto alla tutela di beni pubblici “finali” suscettibili di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata, tra i quali «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico»⁵⁸⁴. Accanto alla constatata assenza di dannosità sociale, sovviene, poi, la considerazione della diffusa approvazione sociale di simili pratiche di tipo cooperativo-assistenziale, ancor più evidente dinanzi a relazioni interpersonali qualificate come quelle familiari, con la conseguenza che i fatti di favoreggiamento qui considerati non solo non manifesterebbero una effettiva idoneità lesiva rispetto agli oggetti giuridici che si assumono presidiati, ma, per di più, si porrebbero in attuazione di valori ampiamente condivisi e, anzi, costituzionalmente imposti (art. 2 Cost.), spesso in funzione suppletiva rispetto alla grave carenza di interventi istituzionali.

⁵⁸² C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 327.

⁵⁸³ C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata*, Napoli, 1966, pp. 89-90 ss., ove l'Autore precisa che «parlare di azione socialmente adeguata non significa introdurre nel discorso giuridico un'entità metagiuridica. “Adeguatezza sociale” è soltanto uno *slogan* con il quale si intende contrassegnare il valore di azioni che non costituiscono aggressione del bene, nonostante il pericolo che quest'ultimo corre, perché il tipo dell'illecito non è dato unicamente dal disvalore dell'evento, collegato all'azione come processo causale, ma anche dal disvalore stesso dell'azione, che per il diritto risulta essenzialmente dal suo significato intenzionale di atto e di fenomeno sociale».

⁵⁸⁴ Corte cost., sent. 5 luglio 2010 (dep. 8 luglio 2010), n. 250, in *dejure.it. Supra*, Cap. III, par. 1.

Bibliografia

- AA. VV., *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2003.
- AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998.
- AA. VV., *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa, A. Spina, Torino, 2020.
- ACHILLI L., *The “Good” Smuggler: The Ethics and Morals of Human Smuggling among Syrians*, in *The Annals of the American Academy*, vol. 676(1), 2018, p. 77 ss.
- ACTIONAID, *The Big wall*, in www.actionaid.it, 2 marzo.
- AIMI A., *Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 135 ss.
- ALGOSTINO A., *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in costituzionalismo.it, 2018, n. 2, p. 167 ss.
- ALLEGRETTI U., *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in *Democrazia, diritti, Costituzione*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, p. 129 ss.
- ALLSOPP J., MANIERI M.G., *The EU Anti-smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, in *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings. Policy dilemma in the EU*, edited by S. Carrera and E. Guild, Brussels, 2016, p. 81 ss.
- AMOROSI M.C., *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma nella gestione del fenomeno migratorio*, in costituzionalismo.it, 2017, n. 1, p. 139 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANNONI A., *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, a cura di S. Forlati, Napoli, 2013, p. 1 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 16^a ed., Milano, 2016.
- APOSTOLI A., *La cittadinanza nella sfida della globalizzazione*, in *I confini mobili della cittadinanza*, a cura di A. Calore e F. Mazzetti, Torino, 2019, p. 105 ss.

ASGI, *Programma di riforma legislativa su immigrazione e cittadinanza*, in www.asgi.it, 21 marzo 2017, p. 1 ss.

ASGI, *Patto europeo: Questa non è solidarietà, cresce solo l'accento sui rimpatri*, in www.asgi.it, 25 settembre 2020.

BACCI M.L., *In cammino. Breve storia delle migrazioni*, Bologna, 2019.

BALBI G., *Società paranoiche e diritto penale*, in *Crit. del diritto*, 2013, p. 435 ss.

BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss.

BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche de diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 19 ss.

BARATTA A., *I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, p. 327 ss.

BASILE F., *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 484 ss.

BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma, 1998.

BERNASCONI C., *La repressione penale della tratta di esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, a cura di S. Forlati, Napoli, 2013, p. 69 ss.

BERTOLINO M., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010.

BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934.

BONOMI A., *Riserva di legge in materia penale, determinatezza delle fattispecie criminose e rinvio al diritto straniero (a proposito di Corte cost., n. 21/2009)*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2130 ss.

BONTEMPELLI S., *Il governo dell'immigrazione in Italia: il caso dei «decreti flussi»*, in *Tutela dei diritti dei migranti*, a cura di P. Consorti, Pisa, 2009.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 539 ss.

BRICOLA F., *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 871 ss.

CAMILLI A., *Il teorema Zuccaro sulle ong è fallito*, in *www.internazionale.it*, 15 maggio 2019.

CAMPANA P., *Out of Africa: The organization of migrant smuggling accross the Mediterranean*, in *European Journal of Criminology*, vol. 15(4), 2018, p. 481 ss.

CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, Roma, 2013.

CAMPESI G., *I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2015, p. 221 ss.

CANCELLARO F., *La libertà personale dello straniero; l'estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa, 2019, p. 59 ss.

CANCELLARO F., *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, n. 3, p. 428 ss.

CASSI A., *Conquista. Dallo ius communicationis allo ius belli nel pensiero di Alberico Gentili*, in «*Ius gentium, ius communicationis, ius belli*». *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, a cura di L. Lacchè, Milano, 2009.

CAPUTO A., *Interrogativi sul neo-schiavismo*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 835 ss.

CAPUTO A., *Diritto e Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.

CAPUTO A., *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 83 ss.

CAPUTO A., *I reati collegati all'espulsione. Profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 9 ss.

CAPUTO A., FIDELBO G., *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012.

CARRERA S., MITSILEGAS V., ALLSOPP J., VOSYLIŪTĖ L., *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Oxford, 2019.

CARRERA S., GUILD E., ALIVERTI A., ALLSOPP J., MANIERI M.G., LEVOY M., *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, Study Commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the Request of the LIBE Committee, 2016.

CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.

CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di E. Rosi e F. Rocchi, Napoli, 2013, p. 219 ss.

CAVALIERE A., *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in *Leg. pen.*, 21 luglio 2020, p. 1 ss.

CAVALLARO M.C., *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 giugno 2019.

CAVASINO E., *Ius migrandi e controllo delle frontiere*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2015, p. 69 ss.

CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1334 ss.

CHERCHI R., *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Quest. giust.*, 2014, p. 43 ss.

CHIAROMONTE W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013.

CIERVO A., *Le modifiche in materia di cittadinanza*, in *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa, 2019, p. 183 ss.

COGNINI P., *Le modifiche ai decreti-sicurezza. Illustrazione delle modifiche normative in materia di immigrazione e asilo contenute nel testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del 5 ottobre 2020*, in www.meltingpot.org, 22 ottobre 2020, p. 1 ss.

COMMISSIONE NAZIONALE PER IL DIRITTO D'ASILO, UNHRC, *Linee Guida elaborate nell'ambito del progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta"*, in www.unhcr.it, 30 novembre 2016, p. 1 ss.

CONFALONIERI A., *Delitti contro la libertà personale*, in *Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2011, p. 209 ss.

COLUCCI M., *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni*, Roma, 2019.

CORDÌ L., *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del*

cittadino comunitario, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degl'Innocenti, Milano, 2008, p. 186 ss.

CORSI C., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Il contrasto dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di R. Sicurella, Torino, 2012, p. 123 ss.

CORSI C., *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2015, p. 15 ss.

COTTONE M., *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi, Torino, 2016, p. 85 ss.

DAL LAGO A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999.

DE GIORGIO M., *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degl'Innocenti, Milano, 2011, p. 35 ss.

DE VITTOR F., *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2018, p. 443 ss.

DI MARTINO A., *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino e G. Fornasari, Torino, 2008, p. 255 ss.

DI MARTINO A., *La disciplina dei «C.I.E» è incostituzionale*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 11 maggio 2012, p. 1 ss.

DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

DOLCINI E., MARINUCCI G., *Introduzione*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella e G.L. Gatta, Milano, 2009, p. XXI ss.

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 101 ss.

ESCOBAR VEAS J., *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 111 ss.

ESCOBAR VEAS J., *Smuggling of Migrants is and Should be Established as an Autonomous Offence*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 27(3), 2019, p. 226 ss.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienna, 2014.

FAZIO M., *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *Leg. pen.*, 25 giugno 2018, p. 1 ss.

FELICIONI S., ESCOBAR VEAS J., *Rimessa alle Sezioni Unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12, co. 3, del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti o fattispecie autonome di reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 6, p. 253 ss.

FERRAJOLI L., *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 9 ss.

FERRARA C., *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spena, Torino, 2015, p. 141 ss.

FERRARA C., *Il traffico di migranti nel Mediterraneo in un ufficio giudiziario di frontiera*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa, A. Spena, Torino, 2020, p. 193 ss.

FERRERO M., BARBARIOL G., *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e di grave sfruttamento dopo l'attuazione della direttiva 2009/52/CE*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, a cura di S. Forlati, Napoli, 2013, p. 91 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5^a ed., Bologna, 2012.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, 8^a ed., Bologna, 2020.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, 7^a ed., Bologna, 2015.

FIGLIO C., *L'azione socialmente adeguata*, Napoli, 1966.

FIGLIO C., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.

FIGLIO C., FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Torino, 2020.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

FORZATI F., *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disuguaglianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3, p. 1 ss.

- FORZATI F., *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020.
- FRONTEX, *Risk Analysis Report for 2017*, Warsaw, 2017.
- GALLO E., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 340 ss.
- GALLO M., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, p. 560 ss.
- GAMBARDELLA M., *Il favoreggiamento dell'emigrazione clandestina e la Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 190 ss.
- GAMBARDELLA M., sub art. 323 c.p., in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, vol. IV, Milano, 2015, p. 597 ss.
- GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, 2020, n. 7, p. 133 ss.
- GATTA G.L., *Aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11-bis, c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 713 ss.
- GATTA G.L., *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 675 ss.
- GENTILE G., *Immigrazione clandestina*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di R. Tartaglia, Roma, 2012, p. 640 ss.
- GILIBERTO A., *Lampedusa: la Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org, 16 ottobre 2015.
- GIULIANI A., *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, 2015.
- GIULIANI U., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970.
- GOISIS L., *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org, 18 novembre 2016, p. 1 ss.
- GRECO R., *Sul "delitto di solidarietà" e i limiti del diritto d'asilo*, in federalismi.it, 2018, n. 1, p. 1 ss.
- GROSSO C.F., voce *Necessità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, p. 882 ss.

GROZIO U., *Il diritto della guerra e della pace*, vol. III, a cura di F. Russo e S. Mastellone, Firenze, 2002.

GÜNTHER K., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, 1983.

HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 104 ss.

IOM, *Migrant Smuggling Data and Research: a global review of the emerging evidence base*, edited by M.L. McAuliffe and F. Laczko, Geneva, 2016.

IOM, *Fatal Journeys Volume 4: Missing Migrant Children*, edited by F. Laczko, J. Black, A. Singleton, Geneva, 2019, p. 1 ss.

LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

ITZCOVICH G., *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, 2013, n. 2, p. 433 ss.

JACOBS G., *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, p. 109 ss.

JACOBS G., *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, 2013, p. 5 ss.

KANT I., *Per la pace perpetua*, trad. it. R. Bordiga, Milano, 2010.

LACCHÉ L., *Introduzione*, in «*Ius gentium, ius communicationis, ius belli*». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità, a cura di L. Lacchè, Milano, 2009, p. 3 ss.

LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011.

LEONE G., *Del reato continuato, abituale e permanente*, Napoli, 1933, p. 238.

LONGOBARDO C., *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, p. 237 ss.

LONGOBARDO C., *L'infedeltà patrimoniale*, Napoli, 2013.

MAISTO V., *L'immigrazione clandestina*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. Cavaliere e V. Masarone, Napoli, 2018, p. 323 ss.

MANACORDA S., *Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, p. 33 ss.

- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANGIARACINA A., *Brevi note in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1163 ss.
- MANGIARACINA A., *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 9 dicembre 2016, p. 1 ss.
- MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 446 ss.
- MANNA A., *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 6^a ed., Vicenza, 2016.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 7^a ed., Vicenza, 2018.
- MARINUCCI G., *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 172 ss.
- MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 130 ss.
- MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano, 2019.
- MASARONE V., *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 133 ss.
- MASERA L., *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali e negazione reale dei diritti*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2009, p. 31 ss.
- MASERA L., *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373 ss.
- MASERA L., *La Corte di Giustizia dichiara incompatibile con la Direttiva Rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese. Nota a Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 6 dicembre 2011.

MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2012*, a cura di R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2012, p. 244 ss.

MASERA L., *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 3 settembre 2012.

MASERA L., *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 10 novembre 2014.

MASERA L., *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14*, in www.archiviodpc.dirittopenaleeuomo.org, 5 ottobre 2015.

MASERA L., *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 278 ss.

MASERA L., *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 225 ss.

MASERA L., *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in *Dir., imm. e citt.*, 2019, n. 1, p. 1 ss.

MASERA L., *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in federalismi.it, 2019, n. spec. 2, p. 31 ss.

MASERA L., *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.*, 24 luglio 2019, p. 1 ss.

MASERA L., *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 3 luglio 2019.

MASERA L., *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in www.sistemapenale.it, 21 luglio 2020.

MASERA L., *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Torino, 2020.

MASTROMARTINO F., *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012.

MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C., *Introduzione. Dimensione giuridica del fenomeno migratorio tra paradossi e artificialità*, in *Ius peregrinandi. Il fenomeno*

migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Macerata, 2012, p. 7 ss.

MEDICI SENZA FRONTIERE, *Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia*, Roma, 2010.

MENTASTI G., *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in www.sistemapenale.it, 23 ottobre 2020.

MENTASTI G., *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in www.sistemapenale.it, 15 gennaio 2021.

MEZZADRA S., *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Bologna, 2001.

MEZZADRA S., *Moltiplicazione dei confini e pratiche di mobilità*, in *Ragion Pratica*, 2013, n. 2, p. 413 ss.

MEZZETTI F., voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 264 ss.

MILITELLO, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 4 ss.

MILITELLO V., *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 86 ss.

MILITELLO V., SIRACUSA L., CRUPI R., TUMMINELLO L., MORELLO B., OMODEI R., ORLANDO S., *Traffico di migranti e tratta di esseri umani. Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, Palermo, 2018.

MITSILEGAS V., *The criminalisation of human smuggling as preventive justice*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2018, p. 11 ss.

MUSSI F., *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, p. 1 ss.

MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 62 ss.

MOCCIA S., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.

MOCCIA S., *Considerazioni de lege ferenda, sulla sistematica dei reati contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 410 ss.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.

MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011.

MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 921 ss.

MONZINI P., PASTORE F., SCIORTINO G., *Schengen's Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders to Italy*, in *International Migration*, vol. 44(4), 2006, p. 95 ss.

MUSARÒ P., PARMIGGIANI P., *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell'immagine nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell'informazione*, 2018, n. 1, p. 87 ss.

NASCIMBENE B., *La politica europea in materia di immigrazione e la lotta al traffico di persone*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di R. Sicurella, Torino, 2012, p. 95 ss.

NATALE A., *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in www.questionegiustizia.it, 20 giugno 2019, p. 7.

NESKE M., *Human Smuggling to and through Germany*, in *International Migration*, vol. 44(4), 2006, p. 121 ss.

ORLANDO S., *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 145 ss.

PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.

PADOVANI T., *Diritto Penale*, 4^a ed., Milano, 2017.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018.

PALEOLOGO F.V., *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 215 ss.

PALIDDA S., *Per lo studio delle mobilità umane*, in *Quaderni di intercultura*, 2010, n. 2, p. 31 ss.

PALMISANO G., *Strumenti internazionali per la lotta al traffico dei migranti, in Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, a cura di M. Carta, Roma, 2009, p. 97 ss.

PAPANICOLOPULU I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Dir., imm. e citt.*, 2017, n. 3, p. 1 ss.

PAPANICOLOPULU I., *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 507 ss.

PATARNELLO M., *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in www.questionegiustizia.it, 19 aprile 2018.

PECCIOLI A., *“Giro di vite” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 32 ss.

PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 19 ss.

PECCIOLI A., *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 42 ss.

PEDRAZZI C., *La promessa del soggetto passivo come evento dei delitti contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, p. 348 ss.

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.

PEDRAZZI C., *Sul soggetto passivo della circonvenzione di incapace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 359 ss.

PELISSERO M., *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di E. Rosi e F. Rocchi, Napoli, 2013, p. 169 ss.

PELISSERO M., *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spina, Torino, 2015, p. 105 ss.

PEPINO L., *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1988)*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 1 ss.

PEPINO L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir., imm. e citt.*, 2009, n. 4, p. 9 ss.

PIFFERI M., *L'illusione della libertà alle origini del diritto 'negato' di emigrare*, in *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini, Milano, 2009, p. 321 ss.

PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 5 ss.

PISA P., *Favoreggiamento, sfruttamento e illecita utilizzazione di immigrati irregolari*, in *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di R. Sicurella, Torino, 2012, p. 259 ss.

PITEA C., ZIRULIA S., *Friends, not foes: qualificazione penalistica delle attività delle Ong di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SIDIBlog*, 26 luglio 2019.

PROVERA M., *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spena, Torino, 2015, p. 195 ss.

PUGIOTTO A., *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, p. 573 ss.

PUNZO V., *I traffici illeciti nel mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa, A. Spena, Torino, 2020, p. 31 ss.

RICCIO G., *L'autore mediato*, Napoli, 1939.

RISICATO L., PULITANÒ D., MANNA A., SOTIS C., SESSA A., BONINI S., INSOLERA G., MAZZACUVA N., GUERINI T., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 22 dicembre 2016, p. 1 ss.

RIVERA A., *Estranei e Nemici. Discriminazione e violenza razzista in Italia*, Roma, 2003.

ROCCHI F., *Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di E. Rosi e F. Rocchi, Napoli, 2013, p. 245 ss.

ROMANO B., *Reati contro la persona*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. XIV, tomo III, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2016.

ROMANO M., *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2019.

ROSSI S., *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo*, Napoli, 2020.

ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 1 ss.

ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998.

RUGGIERO C., *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, p. 135 ss.

RUGGIERO C., *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei Casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir., imm. e citt.*, 2020, n. 1, p. 185 ss.

SALVI M., *La solidarietà diventa reato. Irruzione a Linea d'Ombra*, in www.manifesto.it, 24 febbraio 2021.

SANTORO C., *La tratta di esseri umani*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. Cavaliere e V. Masarone, Napoli, 2018, p. 233.

SAVINO M., *L' 'amministrativizzazione' della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir., imm. e citt.*, 2015, n. 3-4, p. 50 ss.

SHELDON Z., SANCHEZ G., ACHILLI L., *Crimes of Solidarity in Mobility: alternative views on migrant smuggling*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science. Special Issue on Migrant Smuggling*, vol. 676 (1), 2018, p. 6 ss.

SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014.

SCUCCIMARRA L., *Societas hominum. Cosmopolitismo stoico e diritto delle genti*, in «*Ius gentium, ius communicationis, ius belli*». *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, a cura di L. Lacchè, Milano, 2009, p. 29 ss.

SESSA A., *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, p. 1 ss.

SIRACUSA L., *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, a cura di V. Militello e A. Spena, Torino, 2015, p. 253 ss.

SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 326 ss.

SOTIS C., PULITANÒ D., BONINI S., GUERINI T., INSOLERA G., SESSA A., MANNA A., RISICATO L., MAZZACUVA N., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 22 dicembre 2016, p. 1 ss.

SPENA A., *Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation*, in *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings. Policy dilemma in the EU*, edited by S. Carrera and E. Guild, Brussels, 2016, p. 33 ss.

SPENA A., *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 495 ss.

SPENA A., *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1860 ss.

STOPPIONI C., *Tratta, sfruttamento e smuggling: un'ipotesi di finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in *Leg. pen.*, 24 gennaio 2019, p. 1 ss.

STUMPF J., *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American Law Review*, vol. 56(2), 2006, p. 367 ss.

TANI I., *Le forme di contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo*, in *Immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi, Torino, 2016, p. 155 ss.

TOMASELLI A., *Sicurezza ed immigrazione nell'UE: profili di diritto europeo e riflessioni critiche*, in *Cross Border Journal for International Studies*, vol. 2(1), 2017, p. 81 ss.

TRAPASSO M.T., *Il richiamo giurisprudenziale all'“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 583 ss.

TREVISAN S., MOELLER U., *Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy*, in *Giur. pen.*, 2019, n. 7-8, p. 1 ss.

TRIANDAFYLLIDOU A., *Migrant smuggling: Novel Insights and Implications for Migration Control Policies*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 676(1), 2018, p. 212 ss.

UNODC, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, in www.unodc.org, Vienna, 2011.

URBAN F., *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 121 ss.

VALENTINI E., *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in *I migranti sul sentiero del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, a cura di F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, Torino, 2020, p. 171 ss.

VALSECCHI A., *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, 2^a ed., a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2016, p. 2658 ss.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.

VIGANÒ F., sub art. 600 c.p., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, 4^a ed., Vicenza, 2015, p. 179 ss.

VIGANÒ F., *Rethinking the Model Offence. From 'Trafficking' to 'Modern Slavery'?*, in *What is Wrong in Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, edited by R. Havercamp, E. Herlin-Karnel, C. Lernestedt, Oxford, 2019.

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Bari, 2010.

VENTUROLI M., *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, a cura di S. Forlati, Napoli, 2013, p. 47 ss.

VOSYLIŪTĖ L., CONTE C., *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, 2019.

ZIEGLER K.S., *The Legal Framework of Trafficking and smuggling in Germany. Victim protection emerging from witness Protection?*, in *Immigration and Criminal Law in the European Union: the Legal Measures and Social Consequences of Criminal law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, edited by E. Guild and P. Minderhoud, Leiden, 2006, p. 69 ss.

ZIRULIA S., sub art. 12 T.U. immigrazione, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e F. Gatta, 4^a ed., Vicenza, 2015, p. 2658 ss.

ZIRULIA S., CANCELLARO F., *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 28 gennaio 2019.

ZIRULIA S., *Alla Corte costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, in www.sistemapenale.it, 7 dicembre 2020.

ZIRULIA S., *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, n. 3, p. 143 ss.