

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2022

FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE VS. TRAFFICO DI MIGRANTI: UNA DICOTOMIA RILEVANTE NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 12 TUI? (RAGIONANDO SU CORTE COST. 63/2022)

di Alessandro Spena

***Abstract:** La sentenza costituzionale n. 63/2022 propone una lettura plurioffensiva delle aggravanti del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che usa per distinguere, nella disciplina dell'art. 12 TUI, tra mero favoreggiamento, previsto al comma 1, e che consisterebbe in una condotta «individuale» e «altruistica», e traffico di migranti, che sarebbe previsto invece ai commi 3, 3-bis e 3-ter e che evocherebbe «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali». In questo contributo si muovono alcune critiche a questa lettura, mostrando come essa, oltre a non essere necessaria allo scopo di mostrare l'incostituzionalità delle due aggravanti oggetto di censura (uso di servizi di trasporto internazionale e uso di documenti contraffatti), non si adatti a spiegare i contenuti effettivi dell'art. 12 TUI.*

***Abstract:** Constitutional Judgment No. 63/2022 advances a multioffensive reading of the aggravating factors of the crime of facilitation of irregular immigration, which it uses to distinguish, in the regulation of Art. 12 TUI, between mere facilitation, punished in paragraph 1, which, according to the Court's view, revolves around the «altruistic» conduct of an «individual» author, and smuggling of migrants, which the Court argues to be specifically criminalized instead in paragraphs 3, 3-bis and 3-ter, and to be evoking «scenarios of involvement of criminal organizations». This paper raises some criticisms of this reading, showing how it, in addition to not being necessary for the purpose of showing the unconstitutionality of the two aggravating factors under censure (use of international transportation services and use of counterfeit documents), does not fit to explain the actual contents of Article 12 TUI.*

FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE VS. TRAFFICO DI MIGRANTI: UNA DICOTOMIA RILEVANTE NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 12 TUI? (RAGIONANDO SU CORTE COST. 63/2022)

di Alessandro Spena *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una prima ricostruzione del ragionamento della Corte. – 3. La distinzione tra favoreggiamento e traffico è cristallizzata nell'art. 12 TUI? – 4. Irrilevanza della distinzione tra favoreggiamento e traffico per la decisione della questione di costituzionalità. – 5. Scenari.

1. Introduzione

Con sentenza 8 febbraio 2022, n. 63, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 12, co. 3, lett. *d*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, d'ora in avanti: TUI), nella parte in cui stabiliva che al fatto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si applicasse una forbice edittale molto più severa («*reclusione da cinque a quindici anni e [...] multa di 15.000 euro per ogni persona*») di quella prevista per la corrispondente forma base (che il comma 1 punisce «con la *reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona*»), nel caso in cui lo si realizzasse «utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». La particolare severità dell'aggravamento di pena previsto è stata, infatti, ritenuta eccessiva rispetto al contenuto di disvalore dei fattori dai quali la si faceva discendere (uso di servizi internazionali di trasporto o di documenti contraffatti ecc.), e ciò in contrasto con il principio di proporzionalità della sanzione penale, quale, secondo l'orientamento ormai consolidato della stessa Corte, si ricaverebbe dal combinato disposto della finalità rieducativa, che ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost. necessariamente deve connotare la pena, e del principio di uguaglianza, *sub specie* di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost.

La sostanza della decisione, oltre ad essere condivisibile nel merito, è da accogliere favorevolmente anche da un più generale punto di vista politico-criminale, poiché contribuisce a riportare un accenno di misura in una materia, quella della criminalizzazione

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

(diretta e indiretta) dell'immigrazione irregolare, nella quale invece il legislatore si è lasciato trascinare, nel corso degli anni, da un atteggiamento emotivo-populistico, che troppo spesso lo ha portato ad indulgere verso forme di punitivismo indiscriminato e debordante.

Per giungere a quest'esito decisorio, tuttavia, la Corte non si limita alla semplice applicazione dei criteri che ormai da qualche anno essa viene elaborando in tema di proporzionalità della pena; applicazione che, peraltro, nel caso di specie, era particolarmente agevole, poiché le due ipotesi censurate rappresentavano casi abbastanza "facili" di sproporzione sanzionatoria. Essa opta, invece, per un percorso più articolato, nel quale quel contenuto decisorio viene calato in un più ampio contesto argomentativo, di carattere sia dogmatico-interpretativo sia criminologico, insomma un vero e proprio inquadramento teorico-sistematico della materia del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che viene ad assumere un ruolo critico nello sviluppo del ragionamento: da un lato, infatti, come cercherò di mostrare, tale inquadramento appare, nella prospettiva della decisione assunta, piuttosto ridondante, e rischia anzi di rivelarsi parzialmente fuorviante, o comunque disfunzionale; dall'altro lato, però, esso fornisce indubbi stimoli per una riflessione di largo respiro sull'art. 12 TUI, finendo per rappresentare la principale ragione di interesse della sentenza, per chi si ponga ad analizzarla nell'ottica di uno studio della criminalizzazione dell'immigrazione irregolare. Il che è, appunto, quanto mi propongo di fare nelle pagine che seguono, essendo peraltro i profili più direttamente attinenti alla proporzionalità della pena (ai quali, nondimeno, riserverò qualche considerazione finale) già stati esaurientemente messi in luce da commenti più tempestivi del mio¹.

2. Una prima ricostruzione del ragionamento della Corte

Il ragionamento della Corte prende avvio dalla circostanza, alla quale si è già accennato, che l'incriminazione del cosiddetto *migrant smuggling* costituisce parte della più generale strategia che lo Stato adotta per contrastare, anche mediante repressione penale, il fenomeno dell'immigrazione irregolare². Da un punto di vista teleologico generale,

1. V. ad es.: S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2022 (https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-costituzionale-2022-63-favoreggiamento-immigrazione-irregolare-aggravato-nota-zirulia#_ftnref7: ultimo accesso 7.9.2022); A. Ciervo, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *AIC* – *Osservatorio costituzionale*, 3/2022 (https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_3_22_Ciervo.pdf: ultimo accesso 7.9.2022).

2. Sul tema, in generale, A. Caputo, in Id., G. Fidelbo, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, Giappichelli, 2012; A. di Martino, I. Boiano, F. Biondi Dal Monte, R. Raffaelli, *The Criminalization of Irregular Immigration: Law and Practice in Italy*, Pisa, Pisa University Press, 2013; V. Militello, A. Spena (cur.), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015. Si tratta, peraltro, di una strategia non solo italiana, che, almeno in ambito europeo, è venuta emergendo a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, per poi

quell'incriminazione si colloca dunque in linea di continuità con l'incriminazione dell'ingresso o della permanenza irregolari dello straniero, di cui all'art. 10-*bis* TUI:

l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 TUI ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori: interesse che questa Corte ha da tempo definito [- *nel contesto della nota decisione che ha respinto una questione di costituzionalità riguardante proprio l'art. 10-bis* -] quale «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (sentenza n. 250 del 2010 e ivi numerosi precedenti in senso conforme), quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica.

Questo sfondo teleologico troverebbe, tuttavia, nell'art. 12 una declinazione peculiarmente articolata. Mentre infatti, nel comma 1 (che punisce già il mero compimento di «atti diretti a procurare» l'ingresso irregolare dello straniero sul territorio dello Stato) quel bene strumentale sarebbe protetto in forma semplice, contro una condotta – la figura base del favoreggiamento transfrontaliero (in entrata o in uscita)³ – che si limita ad aggredire esso soltanto (in sostanza, una sorta di concorso, punito autonomamente e già

esasperarsi, soprattutto, negli ultimi due decenni circa. Ricostruzioni, per lo più in chiave critica, se ne possono ritrovare, ad es., in E. Guild, P. Minderhoud (eds.), *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*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; E. Guild, *Criminalization of Migration in Europe. Human Rights Implications*, CommDH/IssuePaper(2010)1 2010 ([https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper\(2010\)1](https://rm.coe.int/ref/CommDH/IssuePaper(2010)1): ultimo accesso 8.9.2022); M. Provera, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, CEPS Paper in Liberty and Security, No. 80/Feb. 2015 (<https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2015/03/Criminalisation%20of%20Irregular%20Migration.pdf>: ultimo accesso 8.9.2022); V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, 2015; A. Spena, L. Marin, *The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration*, in *European Journal of Migration and Law*, 2/2016, p. 147 ss.; G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on «Crimmigration»*, Oxford, Hart, 2021. Per una analisi del fenomeno dal punto di vista delle sue implicazioni teoriche, rinvio chi lo volesse ad: A. Spena, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 3/2014, 635 ss.; Id., *A Just Criminalization of Illegal Immigration: Is It Possible?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2/2017, p. 351 ss.; Id., *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, p. 495 ss.; Id., *Il «gelo metallico dello stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2019, p. 449 ss.; Id., *The Double-Deviant Identity of the Mass-Foreigner and the Lack of Authority of the Crimmigrationist State*, in *New Criminal Law Review*, 3/2019, p. 301 ss.

3. Al favoreggiamento della permanenza irregolare, che dunque non comporta, né è rivolto a far compiere, l'attraversamento del confine statale, che semmai presuppone già effettuato (regolarmente o irregolarmente), sono invece dedicati i commi 5 e 5-*bis*.

nella forma del tentativo eccettuato⁴, nel reato di ingresso irregolare di cui all'art. 10-*bis*), i commi 3⁵, 3-*bis*⁶ e 3-*ter*⁷ si caratterizzerebbero, invece, per la

dimensione plurioffensiva delle ipotesi ivi contemplate, il cui orizzonte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Al punto che questa Corte ha avuto modo di affermare, in relazione alle disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*ter* dell'art. 12 TUI, che esse «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo» (sentenza n. 142 del 2017).

A questa «dimensione plurioffensiva», nell'opinione della Corte, «si ricollegano chiaramente» i bruschi aggravamenti sanzionatori disposti nei commi in questione rispetto alla forbice edittale prevista nel comma 1: in sostanza, il fondamento comune di queste aggravanti andrebbe, almeno in linea di massima, ricercato nel fatto che qui l'offesa al bene pubblico-istituzionale del controllo dei flussi migratori si arricchirebbe di offese ulteriori arrecate «anzitutto, anche se non esclusivamente,» a beni individuali facenti capo a persone, gli stranieri trasportati, che versano in condizioni di vulnerabilità e sono pertanto bisognose di una speciale protezione.

Una costruzione di questo genere prelude all'idea – che poi la Corte articolerà esplicitamente in uno dei paragrafi finali (4.5) della sentenza – che il fenomeno del trasporto irregolare di migranti abbia due principali forme di manifestazione, che troverebbero appunto rispecchiamento nella composita articolazione dell'art. 12 TUI. L'osservazione criminologica, in effetti, lascia emergere come ciò che di solito viene unitariamente

4. Essendo la fattispecie costruita come reato a consumazione anticipata, per la realizzazione del quale è sufficiente siano compiuti «atti diretti a procurare» l'ingresso irregolare dello straniero sul territorio dello Stato, senza che invece occorra che tale ingresso effettivamente avvenga. Lo ricorda, in sentenza, la stessa Corte: § 3.1 del *Considerato in diritto*. Ma l'assunto è del tutto pacifico: cfr. per tutti A. Caputo, *op. cit.*, p. 45 ss.; A. Spena, *Migrant Smuggling: A Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. Militello, A. Spena, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden-Boston, Brill, 2018, § 1.5.2.

5. Dove la stessa condotta di cui al comma 1 «è punit[a] 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 riguard[i] l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) la persona trasportata [sia] 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 [sia] stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; d) il fatto [sia] 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 [abbia]no la disponibilità di armi o materie esplodenti».

6. «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».

7. «La pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3: a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; b) sono commessi al fine di trarre profitto, anche indiretto».

denominato (anche nell'ambito del TUI: art. 4, co. 3) «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» si componga, in realtà, di una varietà di pratiche tra loro ben distinte, e sul piano della struttura e su quello del disvalore. Tra queste, la Corte considera rilevanti ai fini del proprio ragionamento le due che rappresentano gli estremi dello spettro realizzativo del fenomeno: da un lato, la condotta – che in sostanza esaurirebbe l'ambito applicativo del comma 1 dell'art. 12 – di chi, individualmente e senza fine di lucro (dunque, per ragioni *lato sensu* altruistiche), si limita ad aiutare lo straniero a realizzare il proprio scopo di fare irregolarmente ingresso nel territorio dello Stato⁸; dall'altro lato, la condotta di coloro che, in forma organizzata e per fini di lucro, pongono in essere un vero e proprio traffico di migranti, che invece definirebbe l'ambito applicativo delle aggravanti. Nel primo caso, ad essere violato è soltanto l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, con lo straniero trasportato e il suo favoreggiatore che agiscono entrambi e all'unisono, in piena concordanza di scopi; nel secondo caso, invece, oltre all'interesse statale, vengono messi in gioco anche gli interessi del soggetto trasportato: tra questi e chi lo trasporta non vi è perfetta uniformità di intenti; lo scopo dello straniero, di fare ingresso nel territorio dello Stato, ha per il trafficante un valore meramente strumentale, essendo solo un'occasione di

8. È appena il caso di precisare che questo favoreggiamento altruistico, il quale si caratterizza per la mancanza di uno scopo di lucro, ma non per il fatto di costituire un soccorso di necessità, è cosa diversa dal trasporto e sbarco in un porto sicuro, anche contro la volontà delle autorità statali, dello straniero salvato da una situazione di *distress* in alto mare. Per quanto quelle stesse autorità che si oppongono allo sbarco (e taluni Pubblici ministeri) pretendano di qualificare anche condotte di questo secondo tipo come favoreggiamento *ex art. 12*, esse in realtà non vi sono propriamente riconducibili. È una questione divenuta nota con la fuorviante etichetta di «*smuggling* umanitario», su cui si vedano, tra i tanti: J. Allsopp, *The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the Impact on the Whole Community*, in S. Carrera, E. Guild (eds.), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the Eu*, Brussels, CEPS, 2016, p. 47 ss.; Ead., *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and Its Discontents*, in questa *Rivista*, n. 3/2017, (<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2017/167-saggio-allsopp>: ultimo accesso 7.9.2022); L. Fekete, F. Webber, A. Edmond-Pettitt (eds.), *Humanitarianism: The Unacceptable Face of Solidarity*, London, Institute for Race Relations, 2017 ([https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/wpmedia.outlandish.com/irr/2017/11/10092853/Humanitarianism the unacceptable face of solidarity.pdf](https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/wpmedia.outlandish.com/irr/2017/11/10092853/Humanitarianism%20the%20unacceptable%20face%20of%20solidarity.pdf): ultimo accesso 7.9.2022); R. Landry, *Decriminalising «Humanitarian Smuggling»*, RSC Research in Brief 6, March 2017 (<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/research-in-brief-decriminalising-humanitarian-smuggling>: ultimo accesso 7.9.2022); I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista* n. 3/2017 (<https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-3-2017/162-immigrazione-irregolare-via-mare-tutela-della-vita-umana-e-organizzazioni-non-governative-1/file>: ultimo accesso 7.9.2022); S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 140 ss.; S. Carrera, V. Mitsilegas, J. Allsopp, L. Vosylute, *Policing Humanitarianism. Eu Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Oxford, Hart, 2019; A. Spena, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Dir. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1859 ss.; S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2020, p. 140 ss. (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwrok.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2020_Zirulia.pdf); L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *La legislazione penale*, 22.4.2022 (<https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/04/Masera-opinioni-LP-2022.pdf>: ultimo accesso 7.9.2022).

cui egli approfitta per conseguire un guadagno; l'azione dei trafficanti consente bensì allo straniero di (tentare di) fare irregolarmente ingresso nel territorio dello Stato, ma ciò per lui, o per suoi familiari, comporta il pagamento di un prezzo (economico e personale), spesso assai elevato: egli diviene ingranaggio di una dinamica che, al di là dell'iniziale decisione di rivolgersi ai trafficanti, non vede in lui un vero agente; l'aspirazione a realizzare il proprio desiderio lo costringe a mettersi nelle mani di persone per le quali egli non rappresenta altro che una merce, e che dunque agiscono esclusivamente in vista del loro tornaconto personale, che solo incidentalmente trova soddisfazione mediante un'attività – il trasporto irregolare – che potrebbe consentire anche allo straniero di conseguire il proprio scopo.

Il ruolo del soggetto irregolarmente trasportato è, dunque, nei due casi, diverso: nel caso del mero favoreggiamento, egli beneficia dell'aiuto che gli viene prestato; non può dirsi vittimizzato: al contrario, la sua posizione è centrale nella dinamica del fatto, mentre il ruolo del favoreggiatore, come del resto indica questa stessa denominazione, è sostanzialmente ancillare, secondario, di supporto; diversamente, nel caso del traffico la posizione del migrante si fa decisamente più passiva, al limite, e spesso ben oltre il limite, della vittimizzazione, al punto da non essere sempre agevolmente distinguibile dalla posizione della vittima di tratta⁹: nella dinamica del fatto egli figura quale mero “oggetto” di contrabbando (*smuggling*, appunto), fonte di profitto, alla quale, una volta ottenuto il pagamento del prezzo del viaggio, non si ha nemmeno ragione di prestare particolare cura.

3. La distinzione tra favoreggiamento e traffico è cristallizzata nell'art. 12 TUI?

Che favoreggiamento «individuale» (realizzato da un soggetto a beneficio di un altro soggetto) e «altruistico» (commesso, cioè, senza scopo di lucro), da un lato, e vero e proprio traffico di persone realizzato senza troppi scrupoli e per fine di profitto, dall'altro, siano, da un punto di vista criminologico, condotte strutturalmente e qualitativamente diverse è indubbio; la Corte, evidenziando questa differenza, mette bene in luce due opposte configurazioni che, alle sue estremità, il fenomeno del trasporto irregolare di migranti può assumere, e con ciò anche il notevole intervallo che può correre tra le ragioni politico-criminali a sostegno della sua criminalizzazione¹⁰. Tra questi due estremi, peraltro, si

9. Su questo, della distinzione tra *smuggled migrant* e *trafficked person*, che, come noto, rappresenta uno dei profili di maggiore incertezza della materia, cfr., ad es., R. Piotrowicz, J. Redpath-Cross, *Human Trafficking and Smuggling*, in *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 234 ss.; 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. 86 ss.; M. Belloni, X. Tshabalala, *On the Key Distinction Between Trafficking and Smuggling. Views and Implications from the Horn of Africa and Southern Africa*, in *Forum on Crime and Society*, 1-2/2019, p. 25 ss. (<https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/bulletin/2021/V2102426.pdf>; ultimo accesso 8.9.2022).

10. Ancor prima che la Corte la facesse propria, peraltro, la dicotomia favoreggiamento-traffico era stata assai efficacemente ricostruita, e usata come guida per muovere una critica a molte delle legislazioni europee esistenti (inclusa

collocano forme realizzative intermedie¹¹, alle quali la Corte non fa, invece, riferimento: ad es. l'attività di singoli *passeurs*, svolta in maniera più o meno occasionale, ma comunque finalizzata ad un profitto, oppure il favoreggiamento «altruistico» (ossia animato, come detto, dalla sola ambizione di aiutare lo straniero nella realizzazione del proprio progetto migratorio) svolto da individui o da gruppi più o meno organizzati di soggetti, a beneficio di singoli stranieri o di una loro pluralità (es., di interi gruppi familiari). Anche queste forme intermedie pongono un problema di qualificazione normativa, che tuttavia non sarebbe agevole risolvere, in maniera lineare, impiegando l'interpretazione offerta dalla Corte: esse sarebbero senz'altro tipiche ai sensi di qualcuna delle configurazioni aggravate dell'art. 12 TUI (ora per il fine di profitto, ora per il numero dei soggetti attivi, ora per il numero dei soggetti trasportati), eppure non presentano i caratteri di un vero e proprio traffico, per come lo si è più sopra delineato.

Inizia così ad intravedersi l'aspetto più problematico della proposta interpretativa della Corte: se, da un punto di vista teorico e politico-criminale, la costruzione che la sorregge è di sicuro interesse, essa, tuttavia, non si coniuga perfettamente col diritto vigente, o almeno col diritto vigente in Italia; leggere il sistema delle incriminazioni esistenti come se queste, già allo stato attuale, accogliessero, in maniera tutto sommato esaustiva, o comunque soddisfacente, quella dicotomia criminologica, cristallizzandola in corrispondenti contenuti normativi, è una forzatura interpretativa, che rende l'argomentazione certo più ariosa, ma anche più discutibile di quanto sarebbe altrimenti potuta essere¹².

3.1. In verità, vi è un piano sul quale l'idea che le premesse criminologiche più sopra illustrate si trovino riflesse nel diritto vigente è certamente sostenibile, ed è quello delle fonti inter- e sovranazionali, che in effetti forniscono diversi appigli in tal senso. La Corte ha,

quella italiana), in J. Escobar Veas, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 111 ss.

11. Per una illustrazione della varietà fenomenologica del *migrant smuggling*, si vedano, ad es.: A. Triandafyllidou, T. Maroukis, *Migrant Smuggling. Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Basingstoke (Houndmills), Palgrave MacMillan, 2012; A. Spena, *Migrant Smuggling*, cit., p. 11 ss., p. 20 ss.; UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants*, New York, United Nations, 2018 (https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf); V. Punzo, *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 38 ss.

12. Non a caso, nell'articolo di Escobar Veas, che, come accennato (*supra*, nt. 10), costituisce un po' la fonte di ispirazione di questa parte della sentenza, il dualismo favoreggiamento-traffico è indicato come ideale regolativo da sviluppare *de iure condendo*, per rendere più armoniche e ragionevoli, da un punto di vista politico-criminale, legislazioni – tra le quali, quella italiana – che, nella loro forma attuale, non paiono affatto coerenti con esso: «Secondo la nostra opinione, il legislatore comunitario e la maggioranza dei paesi europei hanno confuso lo specifico reato di traffico di migranti con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Ciò ha generato molteplici e complessi problemi, e quanto accaduto in Italia ne è forse l'esempio più paradigmatico. Questa confusione è principalmente dovuta al fatto che il fine di profitto non è stato previsto come elemento della fattispecie, ma è stato relegato a semplice circostanza aggravante» (p. 112).

insomma, buon gioco ad affermare che «i due “tipi” criminologici sono tenuti ben distinti [...] dalle fonti sovranazionali vincolanti per il nostro Paese».

Da un lato, infatti, è senz'altro vero che il «Protocollo di Palermo [- i.e., *l'apposito Protocollo contro il traffico di migranti alla Convenzione Onu contro il crimine organizzato transazionale, siglata a Palermo nel 2000* -] ha unicamente di mira il fenomeno del traffico internazionale di migranti, gestito per lo più da grandi organizzazioni criminali che ricavano ingenti profitti da tale attività». Lo si può evincere, in termini generali e programmatici, dall'art. 4, a tenore del quale «[i]l presente Protocollo si applica, salvo disposizione contraria, alla prevenzione, alle attività di indagine e al perseguimento dei reati [*di traffico di migranti e connessi*], nei casi in cui tali reati sono di natura transazionale e coinvolgono un gruppo criminale organizzato, nonché alla protezione dei diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino». D'altronde, la ragione genetica del Protocollo, quale emerge dal relativo Preambolo, è fatta appunto discendere dalla «preoccupa[zione] per il significativo aumento delle attività dei gruppi criminali organizzati nel settore del traffico di migranti [...], che nuoc[e] gravemente agli Stati interessati, [e che] può mettere in pericolo le vite o l'incolumità dei migranti coinvolti», e dalla conseguente esigenza di integrare «la Convenzione contro la criminalità organizzata transazionale con uno strumento internazionale contro il traffico di migranti via mare, terra e aria»: è, per questo, esplicitamente disposto, nell'art. 1, che il Protocollo integri la Convenzione¹³. Lo strumento si riferisce, dunque, allo *smuggling* come uno dei *business* di interesse delle organizzazioni criminali, il che fornisce una chiave di lettura al fatto che – tanto ai fini della stessa realizzazione della fattispecie (art. 3 lett. a) quanto ai fini della sua criminalizzazione (art. 6) – si richieda che il soggetto agisca a scopo di lucro: con esclusione, dunque, di quel che la Corte chiama favoreggiamento altruistico (tra cui, ad es., il favoreggiamento familiare o quello umanitario)¹⁴.

Dall'altro lato, «il “Facilitators Package” dell'Unione europea [- ossia, *il combinato disposto della Direttiva 2002/90/CE e della Decisione quadro 2002/946/GAI* -] mira sì a colpire entrambi i fenomeni (rispetto all'obiettivo del controllo dei flussi migratori

13. «Art. 1 – *Relazione con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale*:

(1) Il presente Protocollo integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale. Esso è interpretato unitamente alla Convenzione.

(2) Le disposizioni della Convenzione si applicano, *mutatis mutandis*, al presente Protocollo, salvo disposizione contraria.

(3) I reati previsti conformemente all'articolo 6 del presente Protocollo sono considerati come reati previsti ai sensi della Convenzione».

14. Cfr. United Nations-General Assembly, *Interpretive notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Conventions against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto* [2000] A/55/383/Add. 1, §§ 88 e 92. Si veda altresì A.T. Gallagher, F. David, *The international Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 366.

all'interno, in particolare, dell'area Schengen), ma calibra i propri obblighi di incriminazione e di punizione in maniera distinta per le due tipologie di condotte, riservando l'obbligo di adottare severe sanzioni privative della libertà soltanto a quelle riconducibili al traffico internazionale di migranti»¹⁵: più specificamente, mentre per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare commesso a prescindere da uno scopo di lucro (art. 1.1.a Direttiva 2002/90/CE¹⁶, in combinato con art. 1.1 Decisione quadro 2002/946/GAI) è posto un mero obbligo di criminalizzazione, per il favoreggiamento realizzato a scopo di lucro, all'obbligo di criminalizzazione si aggiunge un obbligo di carcerizzazione (di prevedere, cioè, l'applicabilità di pene detentive), a sua volta qualificato (come richiesta che gli Stati applichino una pena detentiva non inferiore nel massimo a 8 anni) con riferimento al favoreggiamento realizzato, sempre a scopo di lucro, da parte di una organizzazione criminale o con messa in pericolo della vita dei soggetti trasportati.

3.1.1. Se dunque della dicotomia tra favoreggiamento e traffico si può riconoscere traccia in entrambi gli strumenti analizzati, ciò tuttavia non significa che essi si caratterizzino per una omogeneità di ispirazione politica, e politico-criminale in particolare. La differente rilevanza riconosciuta dal Protocollo Onu e dal *Facilitators Package* al legame tra organizzazioni criminali e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare – rispettivamente genetica, strutturale e pervasiva, nell'un caso, e meramente aggravante e perciò eventuale e sovrastrutturale, nell'altro – costituisce, infatti, il portato di una più generale differenza di approccio, che corre tra i due strumenti, nel modo stesso di concepire il fenomeno del favoreggiamento e le ragioni degli Stati per contrastarlo.

Il *Facilitators Package* appare abbastanza chiaramente animato da un approccio statocentrico, all'interno del quale la criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare dello straniero è essenzialmente concepita come strategia per contrastare il più generale fenomeno dell'immigrazione irregolare: la prima è una forma di criminalizzazione indiretta della seconda¹⁷. Il ruolo penalistico del soggetto trasportato vi viene, dunque,

15. Per una sottolineatura del rilievo che, nel *Facilitators Package* come in generale nella politica criminale UE, ha la relazione fra traffici illeciti e organizzazioni criminali, v. V. Militello, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 18 ss.

16. Scopo di lucro che invece costituisce elemento della fattispecie di favoreggiamento della permanenza irregolare, ai sensi dell'art. 1.1.b della stessa Direttiva.

17. Sul punto, si vedano ad es. A. Spena, *Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From Complicity to Exploitation?*, in S. Carrera, E. Guild (eds.), *op. cit.*, p. 33 ss.; Id., *Migrant Smuggling*, cit., p. 42 ss.; Id., *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 141 ss.; V. Mitsilegas, *The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, pp. 68-85; Id., *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union: Challenging the Preventive Paradigm*, in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration*, cit., p. 26 ss.; Id., *EU Criminal Law*, 2nd ed., Oxford, Hart, 2022, p. 142 ss.

tratteggiato nei termini attivi di un soggetto che agisce, che compie, cioè, se non la condotta illecita del reato (non essendo previsto l'autofavoreggiamento), una condotta a questa presupposta, vale a dire quella di immigrazione irregolare. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare viene in tal modo costruito come un fatto strutturalmente accessorio e concorsuale, il cui contenuto di illecito consiste nel favorire, nell'aiutare altri – lo straniero non avente titolo all'ingresso – a compiere il suo illecito, ossia l'ingresso irregolare. Gli indici di un simile approccio nel *Facilitators Package* sono diversi: la condotta criminalizzata è esplicitamente costruita in termini concorsuali, come «aiuto all'ingresso irregolare» (indicativa, del resto, già la sua denominazione quale «favoreggiamento», «*facilitation*»); ai fini dell'integrazione della fattispecie, non è richiesto, come si accennava, che il «favoreggiatore» agisca per fine di profitto; di conseguenza, non è posto alcun divieto di criminalizzare il «favoreggiamento altruistico», essendo soltanto lasciata agli Stati la possibilità di escludere l'applicazione di sanzioni nel caso di condotte realizzate allo «scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata» (art. 1.2 Direttiva 2002/90/CE)¹⁸; d'altronde, come anche si è visto, che il fatto sia commesso a scopo di lucro, che sia opera di un'organizzazione criminale o metta in pericolo la vita delle persone trasportate, sono fattori ai quali è riconosciuta una rilevanza non già strutturale, ma meramente aggravante, a mostrare che la logica di fondo che regge la disciplina è appunto quella statocentrica, mentre gli interessi del soggetto trafficato assumono un rilievo solo eventuale e parziale.

A quello statocentrico del *Facilitators Package* si può contrapporre l'approccio ibrido, più *migrant-oriented*, del Protocollo Onu¹⁹, il quale, del resto, nella galassia normativa che orbita attorno alla Convenzione di Palermo, fa il paio con il Protocollo contro la tratta, in un accostamento che rende sin da subito vivida l'idea che lo *smuggling* sia qui concepito come fatto che, se non necessariamente plurioffensivo, trova tuttavia nella plurioffensività (nell'offesa contestuale all'interesse statale al controllo dei flussi e agli interessi del soggetto trafficato) il proprio quadro realizzativo ordinario, paradigmatico. L'interesse dello Stato al controllo dei flussi vi rimane pur sempre centrale, ma integrato in uno sguardo di più ampio raggio, in cui viene data considerazione diffusa e strutturale anche agli interessi del soggetto trafficato. Questi non figura come *Täter hinter dem Täter*, né come autore d'una condotta

18. Il che dà la stura all'enorme equivoco del cosiddetto *smuggling* umanitario, che poi, come si è detto, *smuggling* non è affatto: in argomento, oltre agli autori citati *supra*, in nt. 8, si veda anche la *Comunicazione della Commissione – Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* (2020/C 323/01), dell'1.10.2020. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706; ultimo accesso 7.9.2022).

19. Su cui, oltre alle opere citate in nt. 17, v. soprattutto A.T. Gallagher, F. David, *op. cit.*; nonché, volendo, A. Spena, *Smuggled Migrants as Victims? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation*, in S. Forlati (ed.), *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, Leiden-Boston, Brill, 2021, p. 43 ss.

illecita presupposta, ma come ingranaggio passivo – mosso, non motore – di un meccanismo criminale che lo sopravanza. Non solo, come si è detto, la condotta illecita richiede, già nella sua forma base, il fine di profitto, ad indicare che la si considera, non tanto come supporto all’immigrazione irregolare del soggetto trafficato, quanto come mercato, *business* condotto da organizzazioni criminali; la condotta illecita dello *smuggler* è inoltre costruita non già in termini accessori e concorsuali, ma come condotta autonoma: non a caso, la si denomina *smuggling*, letteralmente «contrabbando» o traffico, non «favoreggiamento», ad indicare che il fulcro/disvalore morale della vicenda ruota su ciò che fa il trafficante, e non su ciò che fa il trafficato. La criminalizzazione dello *smuggling* non è, quindi, propriamente una forma di indiretta criminalizzazione dello straniero trasportato; questi viene semmai in rilievo come oggetto di un traffico, il suo ruolo è costruito come oggettuale, non attivo o propulsivo: come tale egli è infatti costantemente indicato, «oggetto» della condotta dei trafficanti²⁰. In conseguenza di ciò, è espressamente stabilito che i «migranti non diventano assoggettati all’azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte» dei trafficanti (art. 5). L’idea di fondo è, insomma, che, anche laddove, nella realtà del caso concreto, sia dello straniero l’iniziativa di affidarsi ai trafficanti, una volta entrato nell’ingranaggio, egli finisca per perdere vera autonomia d’azione, divenendo un semplice “bene”, una *commodity*, oggetto di contrabbando. Ciò non significa ancora che egli debba, sempre e necessariamente, concepirsi come una vera e propria vittima di chi lo traffica²¹; non vi è dubbio, tuttavia, che, preso in questa accezione, il fenomeno del traffico di migranti presenti una maggiore propensione alla vittimizzazione del migrante trafficato, e una maggiore vicinanza al fenomeno limitrofo della tratta di esseri umani, dal quale diviene difficile distinguerlo: tanto più che, nella pratica, accade frequentemente che ad affidarsi ai trafficanti sia un migrante che versa in condizioni pregresse di vulnerabilità, che ne rendono non paritaria l’interazione con chi lo dovrà trasportare.

Più esattamente, nella prospettiva del Protocollo, il migrante oggetto di *smuggling* versa in una condizione di potenziale doppia vittimizzazione, punto di scarico delle contrapposte forze del traffico di migranti e dell’azione degli Stati per contrastarlo: non solo, infatti, i trafficanti, prendendolo come «oggetto», non mostrano alcun riguardo per i suoi interessi; anche gli Stati indulgono spesso in atteggiamenti di analogo disinteresse, nel perseguimento dell’obiettivo – per loro, primario – di controllare i flussi migratori. Lo straniero trasportato rischia, perciò, oltre a una vittimizzazione primaria, anche una vittimizzazione secondaria, che in sostanza si concretizza allorquando gli Stati impostano il contrasto al traffico di migranti come strategia di contrasto all’immigrazione irregolare, invece che di lotta alla criminalità organizzata. Da qui l’esigenza, che il Protocollo pone

20. Più diffusamente, A. Spena, *op. ult. cit.*, p. 46 ss.

21. *Ivi*, p. 49 ss.

esplicitamente agli Stati, di attribuire la giusta considerazione ai diritti dei migranti, sia come oggetto di potenziale violazione da parte dei trafficanti, sia per quel tanto che essi possano rimanere pregiudicati dall'azione di contrasto degli Stati stessi²².

3.2. La stessa distinzione tra mero favoreggiamento e vero e proprio traffico, che, come si è visto, si può impiegare, in maniera tutto sommato proficua e nonostante le segnalate differenze, nella ricostruzione del quadro normativo inter- e sovranazionale, secondo la Corte sarebbe altresì utile a rendere il senso generale dei primi quattro commi dell'art. 12 TUI:

Dalla legge Martelli in poi, la norma incriminatrice su cui si è incardinato il contrasto all'immigrazione clandestina (l'art. 6, co. 8 del d.l. n. 416 del 1989, come convertito, e poi l'art. 12 TUI) ha progressivamente differenziato, con sempre maggiore nettezza [...], il trattamento sanzionatorio di due distinte classi di condotte: da un lato, l'aiuto all'ingresso illegale nel territorio dello Stato compiuto in favore di singoli stranieri, per finalità in senso lato altruistiche; e dall'altro, l'attività posta in essere a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati nei confronti di un numero più o meno ampio di migranti destinati a essere trasportati illegalmente nel territorio dello Stato.

Il ben maggiore rigore sanzionatorio previsto per la seconda classe di condotte riflette l'evidente distinzione, sul piano criminologico, tra [*questi*] due fenomeni radicalmente diversi, come questa Corte ha avuto modo di rimarcare già nella sentenza n. 331 del 2011²³.

È una lettura che avevamo già più sopra cominciato a vedere, e che adesso occorre ricostruire nella sua interezza. Il comma 1 dell'art. 12 incriminerebbe, come reato autonomo, il mero favoreggiamento, opera di individui singoli o comunque di non più di due autori (dunque non riconducibile all'azione di organizzazioni criminali), che, aggredendo soltanto l'interesse dello Stato al controllo dei flussi e nessun interesse rilevante della persona trasportata, ha in quest'ultima, anziché una vittima, un beneficiario, che viene aiutato a soddisfare il proprio desiderio di entrare, pur non avendone titolo, nel territorio dello Stato.

Allorché il trasporto irregolare di migranti si presenta accompagnato da qualcuno dei tratti descritti nei commi 3 e 3-*ter* (singolarmente o, a maggior ragione, congiuntamente: comma 3-*bis*), esso assumerebbe, invece, dal lato soggettivo attivo, i tratti tipici dell'operare di organizzazioni criminali internazionali, le quali agiscono per fini di lucro e non sono

22. *Ivi*, p. 48 ss.

23. «Nel dichiarare costituzionalmente illegittima la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per tutte le ipotesi abbracciate dall'art. 12 TUI, la Corte ha infatti osservato che “le fattispecie criminose cui la presunzione in esame è riferita possono assumere le più disparate connotazioni: dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all'illecito commesso a tantum da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge come mera circostanza aggravante”».

animate da particolare ritegno nel trattamento di coloro che trasportano; mentre, dal lato soggettivo passivo, il fatto assumerebbe una dimensione plurioffensiva, nella quale, all'offesa al bene pubblico-statale, si accompagnerebbe quella a beni individuali del soggetto trasportato; quest'ultimo smetterebbe dunque i panni del beneficiario, per divenire – insieme allo Stato, sebbene per ragioni diverse – una vittima della condotta criminosa:

Del tutto diversa appare, [infatti], la posizione dello straniero nella struttura di queste due macroipotesi. Rispetto al favoreggiamento «individuale», o «altruistico», abbracciato nella legge italiana dall'art. 12, comma 1, TUI, lo straniero il cui ingresso illecito viene facilitato compare quale soggetto nella sostanza beneficiario della condotta illecita, i suoi interessi restando comunque estranei al fuoco della tutela apprestata dalla disposizione, tutta incentrata sul bene giuridico dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Rispetto invece a svariate ipotesi aggravate previste dai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, lo straniero assurge indubitabilmente a titolare degli altri beni giuridici di volta in volta tutelati, costituendo anzitutto la vittima della condotta criminosa: esposta ora a pericolo per la propria vita o incolumità, ora a trattamenti inumani e degradanti, ora al rischio di essere avviata alla prostituzione o sfruttata in attività lavorative, e comunque – nel caso ordinario in cui la condotta sia compiuta con finalità di profitto – costretta a sborsare ingenti somme di denaro in cambio dell'aiuto a varcare le frontiere.

3.2.1. Una tale ricostruzione del sistema delle circostanze dell'art. 12 TUI, intrigante per la sua capacità di rendere assiologicamente lineare una disciplina che a tutta prima non sembrerebbe esserlo, solleva tuttavia qualche perplessità.

Problematica risulta, innanzitutto, l'idea che le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero valgano a rendere il fatto plurioffensivo, tanto più se la si intende nel senso di una plurioffensività statale-personale. Sul punto, per vero, il discorso della Corte risulta un po' ondivago: ad affermazioni più nette e impegnative fanno seguito smorzamenti di tono, che suonano come delle revisioni in calare dell'argomento e lo rendono allusivo, o evocativo, piuttosto che esplicito e univoco.

Al suo primo apparire, come abbiamo visto, la tesi è che gli «aumenti di pena» in questione

si ricolleg[hi]no chiaramente, nella prospettiva del legislatore, alla dimensione plurioffensiva delle ipotesi ivi contemplate, il cui orizzonte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori. Al punto che questa Corte ha avuto modo di affermare, in relazione alle disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*ter* dell'art. 12 TUI, che esse «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo» (sentenza n. 142 del 2017).

Affermazioni piuttosto impegnative, per vero: *tutte* le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero si caratterizzerebbero per una «dimensione plurioffensiva»; questa dimensione consisterebbe nel loro essere «volte *anzitutto, anche se non esclusivamente*, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in stato di bisogno, anche estremo».

Già qui, emerge però un primo elemento di incertezza: come va intesa l'espressione «anzitutto, anche se non esclusivamente», che la Corte richiama dalla sua precedente pronuncia? Presa alla lettera, essa parrebbe significare che *tutte* le aggravanti in questione abbiano nella tutela delle persone trasportate il loro *scopo principale* (*volte anzitutto a tutelare ...*), al quale però si aggiungerebbero anche scopi di tutela ulteriori (... *anche se non esclusivamente*), che *in primis* – potremmo arguire – ruotano attorno all'interesse statale al controllo dei flussi, che rimane comunque sullo sfondo dell'art. 12; tutte queste aggravanti sarebbero dunque plurioffensive nel senso di aggiungere alla tutela dell'interesse statale al controllo dei flussi quella di interessi della persona trasportata. Tuttavia, non ci vuole molto ad avvedersi, e del resto lo mette in luce la stessa Corte, che questa lettura può solo applicarsi a tre delle aggravanti in questione:

alle due ipotesi aggravate previste dalle lettere *b* e *c* del comma 3, integrate dall'essere stata la persona trasportata esposta rispettivamente a un pericolo per la propria vita o incolumità, e addirittura a trattamenti inumani o degradanti: ipotesi, entrambe, che non possono non richiamare alla mente le drammatiche immagini di viaggi su imbarcazioni di fortuna e sovraffollate, o in precari nascondigli in celle frigorifere destinate al trasporto di merci, che spesso sfociano in eventi fatali;

e all'aggravante di cui al comma 3-ter, lett. *a* («fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione ovvero allo sfruttamento sessuale o lavorativo, e confinante con la fattispecie di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p.»), la quale effettivamente «appare calibrata sulle esigenze di tutela dello straniero assai più che sul controllo dei flussi migratori, che pure resta sullo sfondo dell'incriminazione come in ogni altra ipotesi disciplinata dall'art. 12 TUI».

Al di là di questi tre casi facili, invece, la possibilità di spiegare le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero nella prospettiva della plurioffensività, tanto più di una plurioffensività statale-personale, diviene alquanto disagevole, se non del tutto improponibile. Con qualche difficoltà, si potrebbe forse ricostruire in termini plurioffensivi anche l'aggravante di cui al comma 3, lett. *e*, nella misura in cui si possa riconoscere una pericolosità – per la vita e l'incolumità delle persone (di quelle trasportate o di terzi), e più genericamente per il bene collettivo dell'ordine pubblico – intrinseca nel fatto di servirsi di armi o materie esplodenti come strumento per rendere più efficace la condotta: ma si tratta di una interpretazione che la Corte non prende neppure in considerazione, e che comunque, ruotando l'aggravante sulla mera «disponibilità» di armi o materie esplodenti, servirebbe

solo a tratteggiare una offensività ulteriore fortemente astratta, ed anzi meramente presunta, tale da rendere il ricorso al paradigma della plurioffensività tutt'altro che informativo.

Nessuna delle altre aggravanti, ad ogni modo, presenta alcun appiglio che renda possibile leggerle nei termini di una plurioffensività strettamente intesa. Non, ad esempio, l'aggravante di cui alla lett. *a* del comma 3 («il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone»), nel cui schema non si registra alcuna interazione necessaria fra offese a beni diversi, ma, semmai, una maggiore intensità o ampiezza dell'offesa arrecata al medesimo bene già protetto al comma 1. Lo stesso può dirsi anche per l'aggravante di cui alla prima parte della lett. *d* (sulle altre due aggravanti previste in questa stessa lettera, che costituivano oggetto della questione di costituzionalità, dovremo tornare più avanti): che il fatto sia stato commesso da tre o più persone in concorso tra loro non aggiunge, evidentemente, alcun profilo di offensività ulteriore rispetto all'offesa di base al controllo dei flussi, risolvendosi, a tutto voler concedere, e un po' come si è appena detto per la lett. *a*, in un approfondimento di quella stessa offesa, in una sua maggiore intensità, che potrebbe ricavarci dalla considerazione che il fatto, commesso da una pluralità di soggetti, denoti una più ampia estensione, e dunque una maggiore pervasività, o comunque una maggiore pericolosità, della condotta (dal momento che, in linea di principio, la cooperazione di più persone rende più efficace la commissione del reato).

La difficoltà di applicare la logica della plurioffensività non viene poi meno anche se si guarda alle disposizioni aggravanti collocate fuori dal comma 3. Ciò vale, ad es., per l'aggravamento algebrico di cui al comma 3-*bis*, che, essendo costruito in maniera dipendente dalle ipotesi aggravanti del comma precedente, non può aggiungervi nulla in termini di offensività: i fatti qualificabili ai sensi di questo comma saranno plurioffensivi solo nel caso in cui lo siano già in ragione della loro riconducibilità a qualcuna delle lettere del comma precedente; il gioco combinato di queste lettere non produce “nuova” plurioffensività, ma soltanto la “somma” di proiezioni offensive già rilevanti, in via autonoma, ai sensi di qualcuna di esse: questa “somma” risulterà plurioffensiva solo come somma di aggravamenti che, almeno in uno di quelli che si sommano, siano già di per sé plurioffensivi²⁴.

24. Ad es., in un fatto aggravato ai sensi tanto della lett. *b* quanto della lett. *c* del comma 3, ritroveremo una molteplice plurioffensività, che però dipende dal sommarsi di due aggravanti già di per sé stesse plurioffensive. D'altra parte, plurioffensivo sarà anche un fatto in cui, ad es., ricorrano, congiunti, gli estremi delle lett. *a* e *b*: ma, in tal caso, la ragione della plurioffensività del fatto rimarrà unica, ossia quella soltanto di cui alla lett. *b* (sommata all'offesa base già rilevante ai sensi del comma 1), la quale ricorrerebbe anche se il fatto fosse qualificabile ai sensi di questa lettera soltanto e non anche dell'altra. Una plurioffensività, invece, mancherà del tutto nell'ipotesi in cui a concorrere siano fattori aggravanti entrambi, a loro volta, privi di fondamento plurioffensivo: ad es., un favoreggiamento realizzato da tre o più persone in concorso tra loro e avente ad oggetto cinque o più persone non è, per ciò solo, plurioffensivo; sarà semmai un fatto che, nella prospettiva del legislatore, si caratterizza per una speciale intensità e ampiezza dell'offesa al bene giuridico strumentale del controllo dei flussi migratori: a sommarsi saranno, qui, non già profili di offesa ulteriore, ma ulteriori ragioni di speciale intensità e ampiezza dell'offesa ad un bene, quello già tutelato nel comma 1, che rimane l'unico rilevante.

La Corte, infine, sia pur senza particolare impegno argomentativo, adombra una lettura plurioffensiva dell'aggravante di cui alla lett. *b* del comma 3-ter (fatti «commessi al fine di trame profitto, anche indiretto»), allorché, in un passaggio già citato in precedenza, segnala che «nel caso ordinario in cui la condotta sia compiuta con finalità di profitto [, *la persona trasportata è*] costretta a sborsare ingenti somme di denaro in cambio dell'aiuto a varcare le frontiere». Si tratta di una affermazione plausibile, ma nondimeno meramente empirica, e insuscettibile di esaurire tutti i margini di applicazione della fattispecie: nella prassi, si danno anche situazioni nelle quali la persona trasportata non può dirsi propriamente costretta a pagare il servizio del quale si avvale²⁵; e, in ogni caso, la disposizione in questione, letta anche alla luce del suo contesto normativo, si oppone ad una interpretazione in termini necessariamente plurioffensivi, poiché non richiede, quale elemento esplicito o implicito dell'aggravante, una speciale vulnerabilità del soggetto trasportato²⁶ (tant'è che la stessa Corte si limita, come detto, a riferirla al solo «caso ordinario», senza dunque intenderla come concettualmente necessaria).

3.2.2. Più aderente al dato normativo sarebbe allora intendere quell'espressione («anzitutto, anche se non esclusivamente») nel senso che *la maggior parte, anche se non tutte* le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero tutelano interessi della persona trasportata (anche se è esagerato dire che le aggravanti a tutela della persona trasportata siano la maggior parte di quelle previste nei commi 3, 3-bis e 3-ter dell'art. 12): lettura, questa, che in un passaggio successivo, già più sopra riportato, la stessa Corte finisce per esplicitare²⁷. In tal modo, però, l'argomento perde molta di quella forza su cui esso sembra far leva, e che discenderebbe dall'idea che una medesima sostanza assiologica (la «dimensione plurioffensiva» statale-personale) accomuni (quasi) tutte le aggravanti in questione (fatta eccezione per quelle oggetto di censura).

La via scelta dalla Corte per tentare di recuperare questa sostanza assiologica comune è di usare un concetto di plurioffensività esteso al di là dei suoi termini consueti, con una sorta di scartamento di lato del ragionamento, che ha l'effetto di renderlo più comprensivo,

25. Si veda, per non fare che un esempio, la forma realizzativa dello *smuggling* emersa, tra il 2017 e il 2019, lungo la cosiddetta «rotta fantasma» tra Tunisia e Sicilia sudoccidentale, caratterizzata da un numero di passeggeri contenuto (5/15 unità), da «un transito sicuro e celato», oltre che di durata relativamente breve (4 ore circa), e dall'assicurazione di altre prestazioni una volta raggiunte le coste italiane (cibo, vestiti, ma anche documenti contraffatti e ulteriore trasporto). L'accesso a servizi di questo tipo, più costosi di quelli usualmente praticati lungo la rotta centro-mediterranea, è chiaramente riservato a «clienti» facoltosi, che versano in condizioni di partenza difficili da descrivere come di speciale vulnerabilità: v. V. Punzo, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 60 ss.

26. Diversamente da quanto si potrebbe invece sostenere a proposito del Protocollo Onu: v. A. Spena, *Smuggled Migrants as Victims?*, cit., p. 51.

27. «Rispetto invece a *svariate ipotesi aggravate* previste dai commi 3, 3-bis e 3-ter, lo straniero assume indubitabilmente a titolare degli altri beni giuridici di volta in volta tutelati, costituendo anzitutto la «vittima» della condotta criminosa» (§ 4.5 del *Considerato in diritto*).

anche se forse meno armonico e compatto: le «altre ipotesi aggravate previste dall'art. 12 TUI» (vale a dire quelle diverse dai tre casi facili più sopra richiamati) sarebbero bensì caratterizzate da «una dimensione plurioffensiva», che però andrebbe ricercata «in diversa direzione»; in particolare, le

fattispecie aggravate di cui al comma 3, lettera *a* (fatto riguardante l'ingresso o la permanenza illegale di cinque o più persone), lettera *e* (disponibilità di armi o materie esplodenti da parte degli autori del fatto), nonché lettera *d* all'inciso iniziale (fatto commesso da tre o più persone in concorso tra loro) appaiono tutte evocare, secondo le verosimili intenzioni del legislatore, scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti: ipotesi rispetto alle quali la decisione quadro 2002/946/GAI richiede, ancora, allo Stato membro di adottare pene privative della libertà non inferiori, nel massimo, a otto anni.

Questo sviluppo argomentativo, tuttavia, anziché semplificare il discorso, lo complica. Una prima perplessità, quella meno rilevante, sorge sul piano dogmatico ed è la seguente: anche a dare provvisoriamente per assunto che le cose stiano come si afferma, che cioè tutte le aggravanti menzionate implicino effettivamente «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti», in che senso ciò varrebbe a renderle plurioffensive? Se intendiamo la categoria della plurioffensività in senso proprio, non si avrebbe altro modo, mi pare, per dare senso a questa tesi se non di sostenere che, ogni qualvolta risulti integrata qualcuna delle aggravanti in questione, in ragione del ritenuto coinvolgimento di organizzazioni criminali, sia offeso, oltre all'interesse statale al controllo dei flussi, anche il bene giuridico dell'ordine pubblico, dando per assunto che l'organizzazione coinvolta possieda, ogni volta, i tratti delle fattispecie degli artt. 416 o 416-*bis* c.p. Questa interpretazione renderebbe, però, la ricostruzione piuttosto debole e formalistica: l'offesa all'ordine pubblico, e dunque la plurioffensività del fatto aggravato, andrebbe in sostanza presunta, inferendola per via indiretta dal ricorrere di fattori che non vi hanno direttamente e necessariamente a che fare (tranne forse, ma per ragioni diverse, quello di cui alla lett. *e* del comma 3: v. *supra*, § 3.2.1), e che solo rileverebbero perché alluderebbero al, lascerebbero intendere il, coinvolgimento di organizzazioni criminali.

Non rimane, allora, che credere che il concetto di plurioffensività sia qui inteso in senso improprio, atecnico («in direzione diversa»), non per indicare l'integrazione di più beni giuridici diversi nell'offesa complessivamente arrecata mediante il reato, ma piuttosto per segnalare che il coinvolgimento di un'organizzazione criminale nella realizzazione del fatto vi aggiunge, nella prospettiva politico-criminale verosimilmente adottata dal legislatore, un *surplus* di gravità, che vale a spiegare/giustificare la maggiore severità della forbice edittale. Intesa in questo modo, la tesi – ripeto, dando per assunto che ne sia fondata la premessa (ci dovremo ovviamente ritornare: *infra*, § 3.2.4) – sarebbe certamente plausibile:

non c'è dubbio che il contrasto alle organizzazioni criminali, anche mediante un inasprimento della repressione penale, abbia costituito una delle linee politico-criminali più significative e vigorosamente perseguite, negli ultimi decenni, sia in Italia che a livello inter- e sovranazionale, come appunto dimostrano, in relazione al nostro tema specifico, il Protocollo Onu sul *migrant smuggling* e, per quanto in termini più sfumati e parziali, il *Facilitators Package* dell'Ue (*supra*, § 3.1). L'esistenza di un collegamento, di un rapporto di implicazione, fra aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero e criminalità organizzata varrebbe, dunque, a provvedere di una giustificazione politico-criminale, e di ragionevolezza, anche nell'ottica dell'adempimento di obblighi inter- e sovranazionali di criminalizzazione e di (maggiore) penalizzazione, il ragguardevole incremento sanzionatorio disposto nei commi 3, 3-bis e 3-ter, fornendo tra l'altro alla Corte un termine di paragone col quale raffrontare le due aggravanti oggetto di contestazione, per valutare se anche queste siano spiegabili, e dunque giustificabili, con lo stesso metro.

3.2.3. Riannodando questo sviluppo argomentativo con il precedente, la tesi della Corte, considerata nel suo insieme, sarebbe, dunque, la seguente: i «bruschi incrementi sanzionatori» disposti dai commi in questione troverebbero (quasi) tutti giustificazione in una plurioffensività *lato sensu* del fatto loro tramite qualificato, che si presenterebbe ora nella forma di una plurioffensività in senso proprio, con aggressione di beni personali dei soggetti trasportati che si aggiunge alla violazione dell'interesse statale al controllo dei flussi (e qui l'aggravamento sanzionatorio sarebbe giustificato dal rilievo dei beni personali aggrediti), ora invece nella forma di un coinvolgimento di organizzazioni criminali (e qui l'aggravamento sanzionatorio sarebbe ragionevole, considerata l'estrema serietà con cui gli Stati combattono la criminalità organizzata). La somma di queste due forme di plurioffensività consentirebbe, poi, di riconoscere nel favoreggiamento transfrontaliero aggravato i caratteri che l'osservazione criminologica mostra come peculiari del traffico di migranti: ossia, appunto, coinvolgimento di organizzazioni criminali e scarsa considerazione, spesso sfociante in vera e propria vittimizzazione, delle persone trasportate.

Ciò doterebbe la Corte di un orizzonte assiologico, di un disegno politico-criminale complessivamente ragionevole, alla luce del quale valutare le due aggravanti oggetto di contestazione, potendo concludere nel senso della loro incostituzionalità, per mancanza di ragionevolezza e per sproporzione del trattamento sanzionatorio, dovute al fatto che, a differenza delle altre previste negli stessi commi, esse in questa logica della plurioffensività e della cristallizzazione normativa del fenomeno del traffico di migranti non riuscirebbero in alcun modo ad inserirsi.

3.2.4. In realtà, come vedremo più avanti, le ragioni per le quali la Corte dichiarerà incostituzionali le due aggravanti contestate non sono propriamente queste: al momento di affrontare specificamente il punto, essa effettuerà un ulteriore scartamento di lato, che la condurrà ad usare argomenti tutto sommato indipendenti da quelli fin qui ricostruiti. Ne avrà ben donde: infatti, portando la sua ricostruzione dogmatica alle ultime conseguenze, non ne sarebbe affatto potuta discendere l'incostituzionalità di entrambe le aggravanti. Ma su ciò avremo modo di tornare (*infra* § 4 e relativi sottoparagrafi). Per adesso, c'è ancora da capire se, ed entro che limiti, sia fondata la tesi che le aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero evocano «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti», e valgano dunque a cristallizzare normativamente tale fenomeno. Fin qui lo abbiamo dato per assunto; adesso si tratta di farne l'oggetto di una apposita riflessione.

A questo scopo, bisogna per prima cosa cercare di intendere correttamente l'argomento; il che non è semplicissimo: le espressioni usate dalla Corte sono piuttosto vaghe, e perciò richiedono qualche sforzo per precisarne meglio la portata. In linea di principio, mi pare che di esso si possano dare due versioni, una debole e una forte.

3.2.4.1. Nella versione debole, che le aggravanti del favoreggiamento evocano «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti» significa semplicemente che esse sono *compatibili* con tale coinvolgimento, che ciascuna di esse fa leva su elementi che tipicamente si ritrovano *anche* nel traffico di migranti realizzato da siffatte organizzazioni: che, generalmente, quando un traffico di migranti è gestito da organizzazioni criminali, esso ha, tra le proprie caratteristiche, alcune di quelle che ritroviamo indicate nell'art. 12 TUI come aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero. Il legame tra aggravanti e organizzazioni criminali è, dunque, in questa accezione, meramente empirico ed eventuale: non necessariamente il ricorrere di qualcuna delle aggravanti in questione è indicativa del coinvolgimento di una organizzazione criminale, né della realizzazione di un vero e proprio traffico di migranti; potrebbero darsi casi di favoreggiamento bensì aggravati, ma non collegati all'opera di organizzazioni criminali; nondimeno, spesso accade che questo collegamento vi sia.

Questa versione debole può, a sua volta, distinguersi in due sotto-versioni: l'una, un po' meno debole, vorrebbe che un favoreggiamento aggravato normalmente, sebbene non necessariamente, sia un traffico di migranti, opera di organizzazioni criminali (ogni qualvolta si riscontra, in un caso di favoreggiamento, il ricorrere di qualcuna delle aggravanti di cui all'art. 12, ci sono molte probabilità che si tratti di un traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali); l'altra, un po' più debole, vorrebbe invece che un traffico di migranti, opera di organizzazioni criminali, normalmente presenti i tratti di un

favoreggiamento aggravato (la gran parte dei casi di traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali si presenta come favoreggiamento caratterizzato dal ricorrere di qualcuna delle aggravanti di cui all'art. 12).

Questa seconda sotto-versione può condividersi senza particolari problemi: è senz'altro vero che nel traffico di migranti operato da organizzazioni criminali generalmente ricorrono diversi dei fattori aggravanti previsti nell'art. 12²⁸: normalmente, cioè, si tratta di fatti che vedono coinvolta l'azione di tre o più soggetti, che, a scopo di profitto, organizzano il trasporto irregolare di una pluralità di stranieri; accade spesso, inoltre, che gli appartenenti al gruppo criminale che organizza o partecipa all'effettuazione del viaggio, o alcuni di essi, dispongano di armi o materie esplodenti; e altrettanto spesso accade che, in qualcuna delle fasi della preparazione o della realizzazione del viaggio, le persone trasportate vengano sottoposte a trattamenti inumani e degradanti o messe in pericolo di vita; infine, non è certo infrequente che il traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali sia connesso a forme di tratta, e dunque finalizzato al reclutamento di persone, minori inclusi, da destinare allo sfruttamento sessuale o lavorativo.

Ci si può spingere persino ad affermare (e questa sarebbe già una variante della versione forte che vedremo tra breve) che un traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali comporta necessariamente quantomeno il ricorrere delle due aggravanti del numero di almeno tre soggetti attivi e del fine di profitto: alcuni degli altri fattori aggravanti ricorreranno con estrema frequenza, altri solo eventualmente; ma, senza i primi due, di traffico di migranti non potrebbe proprio parlarsi: quei fattori, a cui l'art. 12 attribuisce rilevanza aggravante, partecipano concettualmente alla definizione del *traffico* di migranti (che non c'è senza fine di profitto, anche solo indiretto) gestito da una *organizzazione* criminale (che non c'è senza la compartecipazione di almeno tre persone).

Quanto invece all'altra variante della versione debole, quella che ho più sopra detto la meno debole delle due, essa è solo entro certi termini plausibile: che un favoreggiamento aggravato normalmente sia un traffico di migranti operato da organizzazioni criminali lo si può sostenere solo con riferimento al favoreggiamento aggravato da pluralità di soggetti attivi e fine di profitto; dire che, quando ricorrano congiuntamente queste due aggravanti, normalmente si tratterà di traffico di migranti gestito da un'organizzazione criminale, è una asserzione empiricamente sensata²⁹. Al di fuori di questi casi, però, la tesi non regge: ad es.,

28. Cfr., per tutti, V. Punzo, *op. cit.*, p. 38 ss.

29. Che tuttavia non toglie che possano anche darsi casi di favoreggiamento aggravato da quei due fattori che *non* siano traffici gestiti da organizzazioni criminali: nulla esclude, infatti, che, senza darsi alcuna organizzazione, ma semplicemente improvvisandosi correi per approfittare di un'occasione propizia, tre o più persone, consapevoli di contribuire ad un fatto complessivamente unitario, ma agendo ciascuno per suo conto, contribuisca, in vista di un guadagno, ad aiutare uno o più stranieri ad entrare irregolarmente nel territorio dello Stato (ad es. trasportandoli per una parte del tragitto per poi affidarli ad altri).

un favoreggiamento aggravato da uno soltanto dei fattori considerati nell'art. 12 non è mai un traffico di migranti operato da organizzazioni criminali, proprio perché, come detto, questo tipo di traffico richiede sempre, necessariamente, che ricorrano almeno i due fattori aggravanti del numero dei soggetti attivi e del fine di profitto. Per la stessa ragione, nessuna configurazione pluriaggravata del favoreggiamento, che non includesse anche questi due fattori, potrebbe dirsi sottintendere un traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali.

Ad ogni modo, pur nei limiti sin qui precisati, la versione debole della tesi del legame fra aggravanti del favoreggiamento e traffico organizzato di migranti è senz'altro condivisibile. Il fatto è, però, che, appunto in ragione della sua debolezza, essa è scarsamente utile agli scopi argomentativi della Corte: si tratta, infatti, di una tesi meramente empirica, non normativa, che, indicando un legame solo eventuale tra quei due termini, limitato peraltro a casi di favoreggiamento pluriaggravato, non è in grado di fornire un fondamento assiologico capace di accomunare trasversalmente i contenuti normativi dei commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, e di giustificare il vigoroso impatto che ciascuno di essi, e ciascuno dei fattori in essi previsti, ha sulla severità della sanzione. Il che – se rispetto alle aggravanti plurioffensive in senso stretto avrebbe un impatto argomentativo tutto sommato contenuto (poiché qui la pluroffensività statale-personale potrebbe comunque rendere ragionevole l'incremento sanzionatorio) – finirebbe invece per privare il ragionamento della Corte di valore dimostrativo rispetto alle altre aggravanti: queste non troverebbero nella evocazione di «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti» una *ratio* comune e necessaria, potendosi applicare anche a vicende che in quel paradigma criminologico non rientrano.

3.2.4.2. La tesi della Corte guadagna invece tutta la sua efficacia argomentativa se la si intende in senso forte: che le aggravanti del favoreggiamento evocino i detti «scenari» significherebbe, in questa accezione, che esse sottendono *necessariamente* il coinvolgimento di organizzazioni criminali, che ciascuna di esse fa leva su elementi che si ritrovano *sempre* e *soltanto* nel traffico di migranti realizzato da siffatte organizzazioni: che sempre, quando un favoreggiamento è aggravato da taluna (anche solo una) di tali circostanze, esso possiede i tratti di questo tipo di traffico. In questa accezione forte, la tesi indicherebbe effettivamente un fondamento assiologico capace di accomunare le aggravanti del favoreggiamento, in tutte le loro possibili manifestazioni, entro un unico orizzonte politico-criminale, che, come si è detto più sopra, renderebbe ragionevole, anche alla luce degli impegni inter- e sovranazionali che gravano sul nostro Paese, la comminazione di una forbice edittale significativamente più severa rispetto a quella prevista per il reato nella sua forma base.

Il fatto è, però, che, intesa in questa accezione forte, la tesi sarebbe semplicemente insostenibile. Come abbiamo visto, le aggravanti dell'art. 12 sono costruite in modo da avere un ambito applicativo che va al di là del traffico di migranti e del coinvolgimento di organizzazioni criminali³⁰: non è dunque vero che, necessariamente, quando siano date le une, si avranno anche gli altri; né si può dire che applicare le aggravanti in questione a casi diversi dal traffico organizzato di migranti sarebbe irragionevole, che si tratti di casi marginali, meri *glitch* del sistema, resi inevitabili dalla tessitura aperta del linguaggio, e tuttavia facilmente gestibili ed eliminabili mediante una interpretazione teleologica delle fattispecie. Non sarebbe così agevole aggirare il problema, per la semplice ragione che quest'ambito di applicabilità ulteriore è troppo centrale nella fisionomia delle aggravanti in questione per essere relegato a mera anomalia o disfunzione: i casi di favoreggiamento aggravato diversi dal traffico organizzato di migranti non si limitano affatto a sostare timidamente ai margini delle fattispecie, come se si trattasse di abitanti abusivi, di *minima*; la loro posizione è ben piantata nell'ambito applicativo centrale, paradigmatico di queste norme, come è reso evidente dal fatto, già illustrato, che di traffico organizzato di migranti non si può mai parlare quando entri in gioco un'unica aggravante o una combinazione di aggravanti che non includa numero di partecipanti e fine di profitto. Che ciascuna delle aggravanti dell'art. 12 si possa applicare singolarmente, o ancora che numero di partecipanti e fine di profitto non costituiscano elementi necessari della realizzazione aggravata del favoreggiamento, significa che, da un punto di vista normativo, e non meramente empirico, il caso ordinario di favoreggiamento aggravato *non* è il traffico organizzato di migranti.

Il legislatore, d'altronde, se veramente avesse voluto stabilire quel legame come strutturale e costitutivo nell'ambito dell'art. 12 TUI, avrebbe avuto un modo semplicissimo di farlo: disporlo espressamente, ad es. sul modello dell'art. 1.3 della Decisione quadro

30. E questo vale per *tutte* le aggravanti in questione, a partire da quella che, per contenuto, è maggiormente affine al concetto di organizzazione criminale, ossia l'aggravante del fatto commesso da tre o più persone in concorso tra loro (comma 3, lett. *d*, prima parte): concorso di persone nel reato e organizzazione criminale sono concetti diversi; ogni organizzazione criminale implica il concorso di più persone, ma non ogni concorso di persone nella commissione di un reato dà luogo ad una organizzazione criminale. E il medesimo discorso vale, a maggior ragione, per tutte le altre aggravanti: che le persone trasportate siano cinque o più è certamente una caratteristica ricorrente del traffico internazionale di migranti, ma non è detto che ogni trasporto che abbia quei numeri sia effettivamente un traffico di migranti operato da organizzazioni criminali; anche un singolo individuo o una pluralità di persone, che agiscano per motivi altruistici, potrebbero adoperarsi ad aiutare cinque o più persone (es., un gruppo familiare) ad entrare irregolarmente nel territorio dello Stato; né è dunque detto che, quando ad essere trasportate siano cinque o più persone, gli interessi personali di queste persone debbano necessariamente subire una offesa (vedi ancora il caso della «rotta fantasma», di cui alla nt. 25); e, ancora, anche un gruppo di persone non organizzato – e a maggior ragione un singolo *paquebot* – potrebbero agire per fine di profitto o sottoporre le persone trasportate a trattamenti degradanti; né nulla esclude che un favoreggiamento altruistico, realizzato cioè senza scopo di lucro, ma solo al fine di aiutare lo straniero a realizzare il proprio obiettivo di entrare nel territorio dello Stato, avvenga in forme tali da metterne in pericolo – in maniera prevedibile, anche se magari non intenzionale – la vita (ad es., un favoreggiamento che avvenga lungo percorsi, di montagna o di mare, meno intercettabili dalle autorità di frontiera, ma estremamente rischiosi).

2002/946/GAI, dove, come abbiamo visto, è previsto un obbligo di maggiore penalizzazione se «il reato è commesso da un'organizzazione criminale». Nell'art. 12 TUI, invece, i concetti di organizzazione criminale, o di associazione per delinquere, non figurano nemmeno. Il che non significa che il legame fra organizzazioni e traffico, indubbiamente esistente da un punto di vista criminologico, non sia colto dal legislatore: lo è, ad es., in forma esplicita, allorché è stabilito che costituisca una aggravante del reato di associazione per delinquere il fatto che questo sia diretto a commettere un favoreggiamento pluriaggravato ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 12 TUI (art. 416, co. 6 c.p.); quel legame è colto, ancora, in forma implicita, grazie all'applicabilità, ai casi di traffico di migranti commesso da organizzazioni criminali, dell'art. 12 TUI e dell'art. 416 c.p. in concorso effettivo tra loro. Quel che sembra certo, però, è che il legislatore non usa il sistema delle aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero come strumento per dare al legame fra traffico e organizzazioni una cristallizzazione/rappresentazione normativa esplicita, specifica ed esclusiva.

4. Irrilevanza della distinzione tra favoreggiamento e traffico per la decisione della questione di costituzionalità

Rimane a questo punto da capire in che modo i dubbi sin qui sollevati sulla ricostruzione dogmatica dell'art. 12 TUI proposta dalla Corte potrebbero impattare sull'esito della decisione. Se effettivamente la Corte fondasse il proprio giudizio di incostituzionalità sul confronto con le altre aggravanti del favoreggiamento transfrontaliero, ricostruite secondo il paradigma del traffico organizzato di migranti, aver messo in questione questa ricostruzione dovrebbe far sorgere dei dubbi anche sulla plausibilità della decisione infine assunta. Vi è un passaggio nel quale la Corte sembra, in effetti, ancorare l'incostituzionalità delle aggravanti censurate alla loro (pretesa) distonia rispetto al comune sostrato assiologico-teleologico, che essa pretende di riconoscere nelle altre aggravanti dell'art. 12 TUI:

la parificazione ai fini sanzionatori delle due condotte ora all'esame di questa Corte – utilizzo di servizi internazionali di trasporto, e di documenti contraffatti, alterati o illecitamente ottenuti – a numerose altre condotte coerenti con la tipologia criminosa del traffico internazionale di migranti costituisce una scelta legislativa manifestamente irragionevole.

Infatti, né l'una né l'altra delle condotte ora all'esame, allorché compiute senza scopo di lucro, sono plausibilmente indicative del coinvolgimento dell'agente in un'attività di traffico internazionale di migranti, risultando per contro ordinariamente compatibili con situazioni in cui lo straniero venga aiutato a entrare illegalmente in Italia per finalità assai lontane da quelle del traffico internazionale: ciò su cui già aveva posto l'accento la sentenza n. 311 del 2011. Situazioni, queste ultime, emblematicamente esemplificate dal caso oggetto del procedimento *a quo*, che vede come

protagonista una donna imputata di avere illegittimamente accompagnato in Italia la figlia e la nipote, entrambe minorenni.

In realtà, si tratta di un argomento che la Corte chiama in causa solo *ad abundantiam*, al fine esplicito ed esclusivo di “corroborare” conclusioni già raggiunte per altra via (così, infatti, *l’incipit* del § 4.5 del *Considerato in diritto*). È a quest’altra via che dobbiamo guardare per trovare le vere ragioni dell’accoglimento della questione di costituzionalità: la concezione del favoreggiamento aggravato *ex art. 12* come traffico organizzato di migranti non costituisce affatto una premessa necessaria di quell’esito decisivo. Ne è una dimostrazione il fatto che, se la Corte avesse applicato fino in fondo quella ricostruzione dogmatica, avrebbe dovuto trarre, in relazione ad almeno una delle due aggravanti oggetto di giudizio, conclusioni opposte a quelle tratte: dell’aggravante dell’uso di «documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti» (la terza tra quelle previste nella lett. *d* del comma 3), infatti, si può dire senz’altro, non meno che delle altre che la Corte assume a paradigma di ragionevolezza, e pur nei limiti visti in precedenza, che essa evochi «scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali». È bensì vero che la pratica della contraffazione documentale non è peculiare alle manifestazioni del traffico di migranti che più si prendono la scena mediatica: i migranti stipati su barconi claudicanti e dati in pasto al Mediterraneo generalmente non portano con sé documenti falsi, e comunque non ne vengono provvisti dai trafficanti; questa forma di *smuggling* non si reggono sulla frode, ma sulla brutalità – prima di tutto contro le stesse persone trasportate – dell’esser mandati per mare alla ricerca di un salvataggio o di un approdo incerto. Oltre a queste, però, lo *smuggling* può prendere anche altre forme³¹, tra le quali, soprattutto quando avviene via terra o per via aerea, non è certo infrequente il ricorso alla frode, e in particolare all’uso di documenti contraffatti o illegalmente ottenuti. E quando assume forma fraudolenta, lo *smuggling* richiede generalmente, per sue caratteristiche realizzative, un notevole livello organizzativo, che coinvolge più persone operanti, con ruoli diversi, in Paesi diversi (tipicamente, quello di partenza e quello di destinazione)³²: è perciò indubbio che il ricorso a questa modalità sia idoneo ad evocare scenari di coinvolgimento di organizzazioni criminali transnazionali³³.

Non è un caso, del resto, che la «fabbricazione di un documento di viaggio o di identità fraudolento» e il «fatto di procurarsi, fornire o possedere tale documento», se commessi «al fine di permettere il traffico di migranti», costituiscano condotte delle quali l’art. 6 del

31. V. opere citate *supra*, in nt. 11.

32. Per ulteriori dettagli, incluso il riferimento ad alcune vicende giurisprudenziali dalle quali le caratteristiche segnalate emergono con chiarezza, rinvio chi lo volesse ad A. Spena, *Migrant Smuggling*, cit., p. 13.

33. Ne fornisce, ancora una volta, una significativa esemplificazione il caso della «rotta fantasma», già ricordato in nt. 25.

Protocollo Onu – che, come si è detto, si occupa del traffico di migranti proprio nell’ottica di una lotta contro il crimine organizzato transnazionale – richiede specificamente la criminalizzazione³⁴.

Se la Corte, nonostante la sua ricostruzione dogmatica, può concludere nel senso che anche questa aggravante sia incostituzionale, per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena, è appunto perché, a ben vedere, essa non fa discendere questa violazione da quella premessa dogmatico-ricostruttiva, ma la ricava da un percorso argomentativo sostanzialmente indipendente. Un percorso che, come ora mostrerò, non fa altro che applicare i criteri ormai consolidati di valutazione della ragionevolezza e proporzionalità della pena direttamente al contenuto delle aggravanti in questione.

4.1. Per ciò che riguarda, in particolare, l’aggravante dell’uso di servizi di trasporto internazionale (§ 4.4.1 del *Considerato in diritto*), la Corte sostiene, in maniera condivisibile, che «[n]on pare[...] ragionevolmente ravvisabile alcun surplus di disvalore del fatto commesso» in sua presenza,

rispetto alla generalità dei fatti riconducibili alla fattispecie base descritta nel comma 1: una tale modalità di commissione non offende alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello tutelato dal comma 1 (l’ordinata gestione dei flussi migratori), né rappresenta una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera.

Qui la Corte sta applicando il criterio della proporzionalità intrinseca³⁵: la sproporzione è ricavata non già dal confronto comparativo con altre fattispecie, tantomeno con le altre fattispecie aggravate di cui all’art. 12 TUI, ma direttamente dall’inconsistenza del fattore «uso di servizi di trasporto internazionale» in termini di offensività o pericolosità della condotta; l’uso di quei servizi non porta in sé alcun disvalore – oggettivo o soggettivo,

34. Sul rilievo che sicurezza e controllo dei documenti, e dunque il connesso fenomeno dello *smuggling* fraudolento, hanno nel diritto inter- e sovranazionale, v. per tutti A.T. Gallagher, F. David, *The international Law of Migrant Smuggling*, cit., p. 512 ss.

35. Su questa possibile declinazione della proporzionalità della pena, di più recente impiego nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, si vedano, tra i tanti, anche per gli ulteriori necessari riferimenti: F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss., p. 362 ss.; R. Bartoli, *Offensività e ragionevolezza sul sindacato di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1540 ss.; G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 198 ss.; V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in Id., V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 351, p. 354 ss.; A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 785 ss.; F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 325 ss., p. 266 ss.

attuale o potenziale – capace di aggiungersi al disvalore basico del fatto di favoreggiamento, così da giustificarne l’aggravamento sanzionatorio.

Non sembra, perciò, condivisibile la tesi di chi ritiene che, anche rispetto a questa circostanza (come vedremo invece accadere per la successiva), la Corte si sia mossa «lungo i binari dello schema classico di sindacato sulla proporzionalità della pena, quello cioè basato sulla comparazione delle scelte sanzionatorie effettuate dal legislatore, alla ricerca di eventuali aporie del sistema (proporzionalità c.d. ordinale)»³⁶: all’apparenza può in effetti sembrare che la Corte «conduc[*a*] un serrato confronto tra le diverse circostanze aggravanti speciali, evidenziando come quelle censurate non siano in grado, a differenza delle altre, di selezionare autentici scenari di traffico organizzato di migranti, con conseguente manifesta irragionevolezza del drastico aumento sanzionatorio ad esse ricollegato dal legislatore»³⁷; in realtà, come si è detto, la conclusione tratta non è in alcun modo condizionata dall’analisi dogmatica che la precede, né dunque dalla articolata ricostruzione del senso delle altre aggravanti: quella stigmatizzata dalla Corte è qui una irragionevolezza direttamente ricavata dai contenuti del fattore aggravante considerato, non da un suo confronto con gli altri fattori che lo circondano: che l’uso di servizi internazionali di trasporto «non offend[*a*] alcun bene giudico [...] né rappresent[*i*] una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera», sono argomenti che avrebbero dovuto condurre la Corte a ritenere l’irragionevolezza/sproporzione della forbice aggravata anche nell’ipotesi dell’irrealtà (che qui si fa solo *for the sake of argument*) in cui la circostanza in questione fosse stata la sola prevista nell’art. 12. Anzi, procedendo per altre ipotesi dell’irrealtà funzionali ad esaltare il senso della decisione, l’inconsistenza intrinseca del fattore aggravante qui censurata è talmente radicale, che alla stessa conclusione la Corte sarebbe dovuta giungere anche nel caso in cui l’incremento sanzionatorio che esso comportava non fosse stato così abnorme come quello che risulta dai commi 3 e (in caso di combinazione con altri fattori) 3-*bis* dell’art. 12: qualunque incremento sanzionatorio, che avesse avuto il proprio pretesto in quella circostanza, sarebbe stato privo di ogni plausibile giustificazione, e dunque intrinsecamente sproporzionato.

4.2. Appena più complesso, e comunque diverso, è il discorso riguardante l’altra aggravante contestata. Di questa non si può certo dire che non sia portatrice di un contenuto offensivo capace di aggiungersi a quello del favoreggiamento:

Non v’è dubbio, infatti, che il possesso e l’uso di documenti totalmente o parzialmente falsi, o anche solo illecitamente ottenuti (presumibilmente, a mezzo di un’attività integrante altri reati)

36. Così S. Zirulia, *La Corte costituzionale*, cit., par. 8.1.

37. *Ibidem*.

conferisca alla condotta una connotazione offensiva ulteriore rispetto a quella propria della fattispecie base. La «fede pubblica», individuata dal codice penale come bene giuridico dell'intera classe dei reati di falso, evoca in effetti esigenze di tutela di interessi di grande rilievo per l'ordinamento e la società nel suo complesso, a cominciare dall'ordine e dalla sicurezza pubblica, i quali richiedono la veritiera identificazione di tutte le persone presenti nel territorio nazionale.

Il giudizio di irragionevolezza/sproporzione, qui, non può dunque discendere in maniera piana e lineare dal contenuto intrinseco dell'aggravante. Si tratta, semmai, di capire se tale maggiore severità, in linea di principio giustificata nell'*an*, lo sia anche nel *quantum*. Per questa via, in maniera piuttosto naturale, il discorso scivola verso una lettura sistematica dell'aggravante, alla ricerca di un parametro terzo alla luce del quale valutare la ragionevolezza della scelta legislativa, il cosiddetto *tertium comparationis*: si tratta, insomma, di verificare la proporzionalità dell'aggravante in un'ottica più strettamente distributiva, e legata al principio di uguaglianza, intendendola come coerenza della scelta sanzionatoria rispetto al sistema nel suo complesso, avuto in particolare riguardo alle altre scelte sanzionatorie che l'ordinamento compie in relazione a contenuti di disvalore analoghi³⁸.

Se però guardiamo al modo in cui questo ragionamento è applicato nel caso concreto, ci accorgiamo agevolmente che, ancora una volta, manca un riferimento al sistema delle altre aggravanti dell'art. 12, secondo la lettura che vorrebbe scorgervi una cristallizzazione normativa del fenomeno del traffico di migranti; ed è perfettamente comprensibile che sia così: come sappiamo (*supra* § 4), infatti, l'aggravante in questione non sarebbe affatto assiologicamente distonica rispetto a questo (preteso) costruito assiologico, vi rientrerebbe perfettamente. Se si vuole affermarne l'irragionevolezza e la sproporzione, il raffronto sistematico va piuttosto effettuato – ed è appunto quanto fa la Corte – con la disciplina dei reati contro la fede pubblica, che ha la funzione generale di criminalizzare quello stesso contenuto di disvalore che l'ultima parte della lett. *d* del comma 3 dell'art. 12 TUI eleva, invece, ad aggravante specifica del favoreggiamento. Così facendo, la Corte ha allora buon gioco di segnalare come

la generalità dei delitti di falsità in atti e personali previsti dai Capi III e IV del Titolo VII del Libro II del codice penale è punita con pene che, nel minimo, non oltrepassano la soglia di un anno di reclusione; e lo stesso art. 6, co. 6-*bis*, TUI, che incrimina la contraffazione o alterazione di

38. Su questa accezione della proporzionalità penale, più tradizionalmente praticata dalla Corte, si vedano, anche per gli ulteriori necessari riferimenti: A. Pagliaro, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o sproporzione «irrazionale»?*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 774 ss.; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 350 ss.; G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 42 ss., p. 49 ss., p. 178 ss.; R. Bartoli, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 1540 ss.; V. Manes, *La proposizione della questione*, cit., p. 344 ss.; F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 233 ss., p. 261 ss.

permessi di soggiorno o di altri documenti correlati alla presenza legittima dello straniero nel territorio nazionale, prevede una cornice edittale da uno a tre anni di reclusione. Il solo delitto di possesso e fabbricazione di documenti falsi validi per l'espatrio di cui all'art. 497-*bis* c.p. – introdotto con il decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155, all'indomani degli attentati di Londra del 7 e 21 luglio 2005 con lo scopo di ostacolare gli spostamenti transfrontalieri di persone coinvolte in attività terroristiche – prevede un minimo di due anni e un massimo di cinque anni di reclusione, limitatamente però al possesso di documenti «falsi»: con esclusione, dunque, di quelli autentici, ma «illecitamente ottenuti», pure abbracciati dall'ipotesi aggravata ora all'esame.

L'incremento sanzionatorio disposto per il caso che un favoreggiamento sia commesso utilizzando documenti contraffatti ecc. risulta, dunque, sproporzionato, e perciò irragionevole, considerato il livello sanzionatorio generalmente stabilito, nel nostro ordinamento in relazione a fatti – di falso contro la fede pubblica – portatori del medesimo tipo di disvalore che quell'incremento sottende:

Per quanto la fattispecie aggravata in esame configuri un reato complesso, la previsione di una pena minima di cinque anni, e di una massima di quindici anni di reclusione per un fatto ordinariamente punibile con la reclusione da uno a cinque anni, solo in ragione dell'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o anche soltanto illecitamente ottenuti presenta, dunque, tratti di assoluta anomalia “intrasistemica” rispetto alle scelte sanzionatorie tanto del codice penale, quanto della legislazione di settore. Una simile anomalia non può che tradursi in una valutazione di manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi aggravata all'esame.

E ciò sulla base del medesimo ordine di considerazioni che ha condotto questa Corte, nella sentenza n. 236 del 2016, a considerare manifestamente sproporzionato l'identico quadro edittale della reclusione da cinque a quindici anni previsto dall'art. 567, secondo comma, c.p. per il delitto di alterazione di stato compiuto mediante «false certificazioni, false attestazioni o altre falsità»: modalità di condotta, queste ultime, pure certamente offensive della fede pubblica, in un settore così delicato dell'ordinamento come lo stato civile; ma non tali da poter ragionevolmente giustificare il drastico aumento di pena rispetto alla ordinaria ipotesi di alterazione di stato, prevista dal primo comma dell'art. 567 c.p.

5. Scenari

Perché mai, dunque, la Corte ha deciso di incastonare la propria decisione in un contesto discorsivo così articolato, ma anche così problematico, come quello che abbiamo più sopra criticamente ripercorso, senza propriamente fondarla su di esso? Quale può mai essere il ruolo di quella proposta dogmatico-ricostruttiva, se non serve a dotare la decisione assunta né di una necessaria premessa, né a ben vedere di un vero argomento *ad adiuvandum*? Non

è facile rispondere a questa domanda. Mi piace tuttavia pensare che in tal modo essa abbia voluto segnalare l'abnormità alla quale può condurre la furia repressiva, quando la lotta dello Stato contro l'immigrazione irregolare si fa cieca rispetto alla complessità delle vicende che con quell'etichetta vengono apostrofate. Che essa abbia dunque voluto mostrare, prendendo ad emblema il caso oggetto del giudizio *a quo*, come la figura del trafficante, quella dello scafista, mediaticamente agitate come spauracchi per giustificare il ricorso compulsivo ad una criminalizzazione sempre più severa, possa rivelarsi un mero feticcio, dietro al quale, se si è disposti a guardare senza pregiudizi, non è difficile scorgere, molte volte, vicende umane di affetto, speranza, sofferenza. Che la Corte abbia così voluto far passare, in forma quasi subliminale, anche un messaggio politico-criminale, rivolto in primo luogo al legislatore e poi anche al giudice: gli aggravamenti di pena previsti dall'art. 12 attualmente vigente, vista la loro relevantissima portata, sono veramente giustificati solo in quanto li si applichi a fatti di traffico organizzato di migranti.

Nell'attesa quasi messianica di un complessivo ripensamento della materia, questo crea già adesso un margine, più che per riduzioni interpretative di ispirazione teleologica, per ulteriori, possibili questioni di costituzionalità riguardanti altre ipotesi aggravate, che la Corte ha qui indicato come capaci di evocare un traffico di migranti, ma che, in realtà, potrebbero finire tacciate di irragionevolezza, se la distinzione tra favoreggiamento e traffico venisse ripresa, più che per sostenere che il diritto italiano già oggi vi si ispiri, per mostrare quanto invece ne sia distante e quanto ciò lo renda problematico. Penso in particolare alle aggravanti concernenti il numero dei soggetti trasportati o dei soggetti agenti, le quali non presentano profili di offensività o di disvalore *qualitativamente* diversi rispetto alla figura base del comma 1, e prese da sole, e dunque non fatte interagire con qualcuna delle altre, hanno un margine applicativo che, nella prassi, è di frequente legato a forme di favoreggiamento altruistico esclusivamente animate dal senso dell'umana solidarietà, per le quali è già difficile giustificare, in radice, la stessa punibilità, ed è perciò ancor più difficile giustificare la maggior punibilità che risulta dal comma 3 dell'art. 12.