

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2024

IL *DELIT DE SOLIDARITÉ* DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: IL CASO *KINSHASA* COME *GAME CHANGER* PER LE POLITICHE MIGRATORIE EUROPEE

di Lorenzo Bernardini

Abstract: *Il contributo intende fornire un'analisi critica dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale emessa dal Tribunale di Bologna nel luglio 2023, con cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea viene chiamata a dirimere i dubbi sulla compatibilità delle sanzioni penali per il favoreggiamento dell'ingresso e transito irregolare derivanti dall'art. 12 TU e dalla combinazione della direttiva 2002/90 e dalla decisione quadro 2002/946/GAI con il principio di proporzionalità sancito all'art. 52, par. 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Dopo aver illustrato la questione – concernente nello specifico la legittimità di siffatte scelte incriminatrici in relazione alle c.d. condotte “umanitarie” poste in essere in favore dello straniero –, e condiviso l'impianto argomentativo dell'ordinanza di rimessione, l'Autore propone due ulteriori profili di illegittimità della normativa eurounitaria, che la Corte di Giustizia dovrebbe valutare ex officio: la non necessità/sproporzione delle scelte di criminalizzazione ex art. 83, § 2 TFUE ed il mancato rispetto del principio di legalità ex art. 49, par. 1 della Carta. L'analisi si conclude con qualche considerazione de lege ferenda, in relazione alla recentissima proposta di direttiva in materia di migrant smuggling che non appare, al momento, risolutiva in relazione alle questioni sollevate con il rinvio pregiudiziale.*

Abstract: *This contribution endeavors to provide a critical examination of the preliminary reference issued by the Tribunale di Bologna (Court of Bononia) in July 2023, whereby the Court of Justice of the European Union is urged to resolve uncertainties regarding the alignment of criminal penalties for facilitating irregular entry and transit – as per Article 12 of the Italian Consolidated Text on Immigration and the combination of Directive 2002/90 and Framework Decision 2002/946/JHA – with the principle of proportionality enshrined in Article 52(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Following a detailed exposition of the matter, specifically addressing the legitimacy of such criminalization process in relation to so-called ‘humanitarian’ conducts carried out in support of third-country nationals, the Author ventures further to present two additional axes of illegitimacy within the EU legal framework that the Court of Justice ought to assess of its own motion – the unnecessary/disproportionate nature of criminalization choices pursuant to Article 83(2) TFEU, and the infringement of the principle of legality as per Article 49(1) of the Charter. The analysis culminates with reflections on potential legislative reforms, particularly in light of the very recent Proposal for a Directive on migrant smuggling, which, at this juncture, does not seem to offer a panacea for the issues broached by the preliminary reference.*

IL *DELIT DE SOLIDARITÉ* DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: IL CASO *KINSHASA* COME *GAME CHANGER* PER LE POLITICHE MIGRATORIE EUROPEE*

di Lorenzo Bernardini**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una questione che giunge da lontano... – 3. I profili del rinvio pregiudiziale. – 3.1. Il fatto. – 3.2. La (convincente) motivazione posta alla base della richiesta. – 4. Qualche spunto di riflessione: (almeno) tre “convitati di pietra”. – 4.1. Il principio di indispensabilità della pena (art. 83, § 2 TFUE) e proporzionalità formale (art. 49, par. 3 della Carta). – 4.2. Il principio di legalità (art. 49, par. 1 della Carta). – 5. Una sintesi dei possibili epiloghi. – 6. «Sentinella, a che punto è la notte?».

«*What needs to be done to regain
the upper-hand in the struggle with power?*»¹

1. Premessa

Può l'aiuto umanitario fornito ad uno straniero per facilitarne l'ingresso in Europa essere qualificato come favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e, quindi, sanzionato penalmente secondo il diritto dell'Unione europea? E può tale sanzione penale – importando il sacrificio di numerosi diritti fondamentali – essere ritenuta una limitazione necessaria e proporzionata di siffatte prerogative alla luce dell'art. 52, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (di seguito: «la Carta»)?

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale emessa dal Tribunale di Bologna nel caso *Kinshasa*² fornisce alla Corte di Giustizia dell'UE l'occasione di dirimere una annosa – e delicata – questione relativa alle politiche repressive adottate dagli Stati membri per porre un freno al fenomeno dell'immigrazione irregolare. Per la prima volta, infatti, il giudice di Lussemburgo viene chiamato a pronunciarsi sulla validità degli obblighi di incriminazione derivanti dal

* Ringrazio i professori Stefano Zirulia e Luca Masera per il cortese invito a scrivere su questa *Rivista*. Per i puntuali commenti ed i sempre preziosi spunti di riflessione ringrazio sentitamente la prof.ssa Silvia Allegrezza.

** *Postdoctoral Researcher in Criminal Law and Criminal Procedure* presso l'Università di Lussemburgo.

1. Intervista a Lorenzo Pezzani (*Watch the Med e Forensic Oceanography*), in L. Fekete, *Migrants, borders and the criminalisation of solidarity in the EU*, in *Race & Class*, n. 4.2018, p. 81.

2. L'ordinanza è stata pronunciata il 17 luglio 2023. Il nome assegnato alla causa dalla cancelleria della Corte di Giustizia dell'UE (di seguito: «la Corte») è fittizio e, pertanto, non corrisponde a nessuna delle parti coinvolte nella controversia principale. Il testo del provvedimento è liberamente accessibile al seguente url: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=277701&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3784810>. Al caso, tuttora pendente innanzi la Corte, è stato assegnato il numero di ruolo C-460/23. Per un primo commento, v. M. Porchia, *La fine del délit de solidarité? Il Tribunale di Bologna rimette alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sulla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri*, in *ADiM Blog (web)*, settembre 2023, pp. 1-7.

combinato disposto della direttiva 2002/90³ e dalla decisione quadro 2002/946/GAI⁴, strumenti di diritto secondario – congiuntamente definiti come *Facilitators Package* – che impongono agli ordinamenti nazionali di sanzionare penalmente le condotte di «favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali».

Segnatamente, il Tribunale emiliano si domanda se l'applicazione di sanzioni penali per punire le condotte di chi, senza scopo di lucro, abbia favorito l'ingresso o il transito di uno straniero irregolare sul territorio di uno Stato membro, a fini di *assistenza umanitaria*, sia compatibile con la Carta e, nello specifico, se siffatta criminalizzazione possa integrare una valida (*rectius*: proporzionata) limitazione dei diritti fondamentali sia delle persone attinte dalle suddette norme incriminatrici, che dei migranti stessi⁵.

2. Una questione che giunge da lontano...

Per comprendere la portata del rinvio pregiudiziale in commento, va evidenziato che il *Facilitators Package*, a prima vista, parrebbe porsi in linea di continuità rispetto agli obblighi internazionali derivanti dal c.d. Protocollo di Palermo delle Nazioni Unite per combattere il

3. Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, *volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* [OJ L 328, 5.12.2002], pp. 17-18. Si v. l'art. 63, par. 3, lett. b TCE, che funge da base legale della direttiva, laddove si prevedeva l'obbligo per il Consiglio di adottare misure in materia di «immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare».

4. Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, *relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* [OJ L 328, 5.12.2002], pp. 1-3. Si v. l'art. 31, lett. e TUE, che funge da base legale per la decisione quadro, laddove si prevedeva la possibilità per la Comunità europea di adottare «misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata (...)». Ad oggi, quelle disposizioni sono state rifeuse, con varie modifiche, all'art. 83 TFUE.

5. La questione non è inedita, né per la dottrina italiana, né per quella europea. Sulla portata e le implicazioni del fenomeno di c.d. "criminalizzazione della solidarietà", si v., tra gli altri, S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3.2020, pp. 144-177; V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union*, in *Controlling Immigration Through Criminal Law*, a cura di G.L. Gatta, V. Mitsilegas e S. Zirulia, Oxford, Hart Publishing, 2022, pp. 25-45; S. Zirulia, *Is that a Smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in *Controlling Immigration*, cit., pp. 235-265; A. Di Martino, *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati: Incrocio pericoloso tra favoreggiamento della migrazione, associazione per delinquere, non punibilità "umanitaria"*, in questa *Rivista*, n. 2.2023, p. 10 ss.; V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Human Smuggling as Preventing Justice*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. Militello e A. Spena, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 11-29; A. Spena, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti e tabacco*, a cura di V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina e L. Siracusa, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 141-163; M. Du Jardin, *Solidarité en Europe: état de l'art sur la criminalisation de l'aide aux personnes en situation irrégulière*, in *Dev. & Soc.*, n. 4.2022, pp. 519-546; M.J. Santiago, *Addressing migrant smuggling in the European Union. Challenges for a non-criminalized, coordinated and effective response*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 6.2022, pp. 165-188; C.M. Ricci, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators Package'*, in *Securitisating Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, a cura di V. Mitsilegas, V. Moreno-Lax e N. Vavoula, Leiden-Boston, Brill|Nijhoff, 2020, pp. 34-56; K. Arruche, A. Fallone, L. Vosyliūtė, *Between Politics and Inconvenient Evidence*, in *CESP Policy Brief*, n. 1.2021, pp. 1-19; L. Vosyliūtė, C. Conte, *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, in *RESOMA*, 2019, pp. 4-51; J. Allsopp, *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, pp. 1-28; M. Minetti, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New J. Eur. Crim. L.*, n. 3.2020, pp. 335-350; F. Alagna, *So much promise, so little delivery: evidence-based policy in the EU approach to migrant smuggling*, in *J. Eur. Int.*, n. 2.2023, pp. 309-325.

fenomeno del traffico di migranti (*migrant smuggling*)⁶. Sulla base di quest'ultimo strumento, firmato nel 2000 ed entrato in vigore nel 2004, gli Stati Parte sono richiesti di prevedere norme penali che incriminino la condotta di chi «procur[i], al fine di ricavare direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente»⁷.

Il reato di *migrant smuggling* è quindi concepito come illecito a dolo specifico, in cui il fine di profitto *lato sensu* inteso costituisce un «*essential element of the criminal understanding of migrant smuggling under the [Protocol]*»⁸. Il traffico di migranti, quindi, come condotta vietata in quanto incentrata sul vantaggio (non specificamente economico) che lo *smuggler* ambisce a conseguire, ciò che si riconnette, poi, ad un'idea di sfruttamento della situazione in cui versa lo straniero "trafficato"⁹. Tale ultima specificazione circoscrive "in positivo" la risposta penale al contrasto di quei comportamenti caratterizzati da uno specifico e concreto disvalore. Di più. L'inserimento del fine lucrativo nella tipizzazione della fattispecie consente di cogliere un'ulteriore implicazione, questa volta "in negativo": vengono escluse dall'area del "penalmente rilevante" tutte quelle condotte animate da ragioni umanitarie o motivate dall'esistenza di stretti legami familiari con il migrante e dove, quindi, non può ravvisarsi alcun fine di profitto¹⁰.

Con l'approvazione del *Facilitators Package*, il legislatore eurounitario ha tracciato una diversa traiettoria¹¹. Ed è proprio la divergenza tra i due sistemi, nei termini di cui si dirà, a costituire la linea di faglia su cui si innestano i dubbi paventati dal giudice bolognese nel caso in commento.

Vi è infatti una disgiunzione sostanziale tra il diritto internazionale e quello europeo nel regolare il fenomeno del traffico di migranti¹², che si manifesta nelle logiche profondamente diverse sottese a tali ordinamenti¹³. Mentre il diritto internazionale colloca lo *smuggling* all'interno del contesto – più ampio – della repressione dei *transnational organized crimes*, il *Facilitators Package* impone una visione animata da una ben più «*practical function*», vale a dire impedire l'arrivo in massa di immigrati irregolari sul territorio dell'Unione¹⁴. Tale incongruenza tra gli scopi dei due legislatori, *ça va sans dire*, non rileva solamente a livello "ideologico", bensì riverbera il suo impatto sulla qualità della criminalizzazione ad essi conseguente.

6. Si tratta del *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, sottoscritto il 12-15 dicembre 2000 ed entrato in vigore il 28 gennaio 2004. Per un'analisi approfondita, si rinvia al pregevole saggio di S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 11 ss.

7. Art. 3, lett. a del Protocollo di Palermo.

8. C.M. Ricci, *op. cit.*, p. 43.

9. Sul punto, v. la limpida analisi di A. Spina, *op. cit.*, p. 147 ss.

10. Si v. il *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions*, Addendum, *Interpretative Notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiations of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, A/55/383/Add. 1, 3 November 2000, § 88.

11. M. Minetti, *op. cit.*, p. 335 ss.

12. La differente concezione eurounitaria della condotta di *smuggling* – comparata a quella elaborata a livello internazionale – è stata oggetto di critica pressoché unanime da parte della dottrina. Si tratterebbe di una differenza «*to say the least, debatable*» (C.M. Ricci, *op. cit.*, p. 45), «*especially worrying*» (M.J. Santiago, *op. cit.*, p. 170) o «*particularly problematic*» (F. Alagna, *op. cit.*, p. 312). Censura le conseguenze di questo «*implementation gap*» tra i due sistemi normativi, J. Allsopp, *op. cit.*, p. 9.

13. A. Spina, *op. cit.*, pp. 144-150.

14. M. Minetti, *op. cit.*, p. 338.

Focalizzandoci sul c.d. favoreggiamento all'ingresso, l'art. 1, § 1, lett. a, dir. 2002/90 punisce «chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri». Con il successivo § 2, agli Stati membri viene data *facoltà* di non sanzionare penalmente suddetta condotta quando lo scopo di chi agisce è quello di «prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

Una rapida lettura di tali disposizioni rivela la «peculiarità solo apparentemente marginale»¹⁵ che caratterizza la dir. 2002/90 rispetto al Protocollo di Palermo¹⁶. Da un lato, la fattispecie elaborata a livello europeo non include il dolo specifico di profitto tra suoi elementi costitutivi, giungendo così a reprimere penalmente anche quei comportamenti di favoreggiamento all'ingresso non strettamente sorretti dal fine lucrativo. Dall'altro, la «clausola umanitaria» di cui al § 2 è una inedita creazione del legislatore dell'Unione, peraltro – ci si tornerà *infra* – dall'incerto perimetro applicativo¹⁷.

Sulla mancata inclusione del dolo di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie in esame, basti rimarcare che tale scelta di politica criminale venne giustificata con valutazioni squisitamente pragmatiche¹⁸, basate sulla convinzione che, di frequente, l'esistenza di tale fine è difficile da dimostrare *in rerum natura*¹⁹. Di talché, il legislatore europeo decise di eliderlo per consentire alle autorità nazionali di condurre in maniera più efficace le attività investigative riconosciute al favoreggiamento all'ingresso, seguendo una censurabile prospettiva «efficientista» che piega la costruzione degli elementi del reato agli interessi degli inquirenti²⁰.

Eppure, poiché trattasi essenzialmente di «traffico» di stranieri, è stato acutamente notato come il fine di lucro dovrebbe costituire un «aspetto essenziale» dell'illecito in esame²¹. D'altronde, sarebbe la presenza di tale fattore a fornire la definizione più adeguata, a livello criminologico, dello *smuggling* come fenomeno di criminalità organizzata, espressione di un preciso «*criminal business model*»²². Il mancato riferimento al dolo di profitto, allora, rivela la maggiore divergenza tra le due discipline: l'una, quella internazionale, volta a reprimere il *migrant smuggling* come espressione di crimine organizzato transnazionale; l'altra, quella europea, espressione di una «*preventive justice*»

15. S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., p. 145.

16. Immediatamente rilevabile anche la differente nomenclatura adottata: «favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» per il diritto UE (*Considerando 2*, dir. 2002/90), «traffico di migranti» per il diritto internazionale.

17. La definisce «sibillina», A. Spena, *op. cit.*, p. 146. Sulla delimitazione delle condotte potenzialmente sussunte sotto tale clausola, v. A. Di Martino, *op. cit.*, pp. 12-17.

18. *REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: The Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA)*, SWD (2017) 117 final, 22.3.2017, p. 9.

19. Sottolineava questo aspetto già A. Weyembergh, *La lutte contre le traite et le trafic d'êtres humains*, in *Rev. Int. Dr. Pén.*, n. 1.2006, p. 219.

20. Osserva V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, II ed., Oxford, Hart Publishing, 2022, p. 145, che, in tal modo, «*substantive criminal law becomes a mere tool for prosecutorial efficiency rather than reflecting normative or societal choices for criminalization*».

21. A. Spena, *op. cit.*, p. 145. Secondo l'A., è presto detto il motivo di tale esclusione: il *focus* del legislatore eurounitario non è sulla punizione della condotta di *smuggling* in sé, bensì sull'importanza di proteggere i confini europei dall'immigrazione irregolare, confini minacciati *anche* dalle condotte di chi aiuta i migranti a giungere in Europa a meri fini solidaristici.

22. Così, A. Marletta, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 settembre 2020, accessibile al seguente url: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/the-commission-guidance-on-facilitation.html>.

che percepisce i migranti irregolari sul territorio europeo come un pericolo in sé, la cui presenza va in ogni caso scongiurata, anche, se del caso, mediante la criminalizzazione di coloro i quali prestano loro assistenza²³.

Per questa via, la legislazione eurounitaria non limita la repressione a quelle condotte poste in essere da gruppi criminali²⁴ (come, invece, fa il Protocollo di Palermo)²⁵. Infatti, ai fini di delineare l'area del "penalmente rilevante", nel diritto UE non è stata codificata alcuna norma cogente volta a distinguere, da un lato, le condotte dei trafficanti di migranti e, dall'altro, i comportamenti di chi, mosso da fini solidaristici, aiuta gli stranieri ad entrare o transitare nel territorio dell'Unione²⁶. Anzi, la dir. 2002/90 prevede, in linea di principio, le *medesime sanzioni penali* nei confronti di entrambe le categorie di agenti. Ed allora, elidere il riferimento al profitto nello *smuggling* di matrice europea – e, di riflesso, nelle fattispecie elaborate dagli Stati membri – conferma la visione di chi ha censurato, non a torto, l'indebita sovrapposizione tra la fattispecie di «traffico di migranti» così come concepita dal Protocollo (illecito a dolo *specifico*), ed il ben diverso fenomeno del «favoreggiamento dell'immigrazione irregolare» (illecito a dolo *generico* di genesi prettamente eurounitaria)²⁷. Con una mutazione genetica che ne trasforma l'elemento soggettivo, lo *smuggling* si converte, quindi, in "favoreggiamento".

Le sorprese non finiscono qui. Infatti, poiché a livello internazionale il fine lucrativo è consustanziale all'illecito, non si avverte la necessità di introdurre alcuna scriminante umanitaria a "tamponare" le scelte di criminalizzazione²⁸. Nel sistema immaginato dai redattori del Protocollo, infatti, la selezione delle condotte proibite è operata esclusivamente "a monte": solo il dolo specifico del profitto rende penalmente rilevante la condotta di favoreggiamento all'ingresso. Già così, vanno ritenuti consentiti i comportamenti solidaristici, altruistici od anche semplicemente disinteressati attuati nei confronti degli stranieri. D'altronde, *l'animus lucrandi* e il fine umanitario *non possono coesistere nella medesima condotta*. Essi si escludono a vicenda: laddove è presente l'uno, non può esservi anche l'altro²⁹.

23. M. Minetti, *op. cit.*, p. 339. Sul concetto di «preventive justice», v. *amplius* V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Human Smuggling*, cit., p. 12 ss.

24. M. Minetti, *op. cit.*, p. 339.

25. I *travaux préparatoires* del Protocollo di Palermo confermerebbero «*what human smuggling is (organised crime) and what it is not about (humanitarian or family assistance)*» (V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Human Smuggling*, cit., p. 13). Censura l'ambiguità del Protocollo sul punto, A. Marletta, *op. cit.*, secondo cui non sarebbe esplicitamente preclusa dallo stesso la possibilità, per gli Stati Parte, di operare una più severa criminalizzazione delle condotte di favoreggiamento all'ingresso, anche in assenza di dolo specifico di lucro.

26. Parla di «*opacity*» della criminalizzazione, J. Allsopp, *op. cit.*, p. 7.

27. J.E. Veas, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1.2018, p. 112. In ambito interno, tale sovrapposizione è già di per sé evidente nelle disposizioni di cui all'art. 12 TU, la cui rubrica reca «*Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*». Al co. 1, si prevede una pesante sanzione penale («reclusione da due a sei anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona») per le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che altro non sarebbero che le condotte di *migrant smuggling* – secondo la terminologia del Protocollo di Palermo – emendate però dal dolo specifico di lucro nella loro fattispecie-base.

28. Per un'ampia ed esaustiva ricostruzione della normativa di diritto internazionale di contrasto al *migrant smuggling*, v. G. Palmisano, *Il contrasto al traffico di migranti clandestini dal punto di vista del diritto internazionale*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, a cura di P. Benvenuti, Ripa di Fagnano Alto, il Sirente, 2008, pp. 75-99 e, più di recente, J.E. Veas, *op. cit.*, pp. 112-120.

29. Nel senso che sono concetti «mutuamente esclusivi», A. Spena, *op. cit.*, p. 149. Su questa scia, parla di nozioni «logicamente incompatibil[i]», A. Di Martino, *op. cit.*, p. 13.

Non aderendo a questa impostazione sistematica, il legislatore dell'Unione complica le cose. Estende l'area dei comportamenti proibiti "a monte", sanzionando *tutte* le possibili condotte di favoreggiamento all'ingresso – cioè, a dispetto del fine ad esse sotteso – prevedendo, poi, "a valle" la mera *facoltà* per gli ordinamenti di scriminare le condotte mosse da ragioni umanitarie. Un esimente che, a tutti gli effetti, più che una clausola, potrebbe più precisamente definirsi una *eccezione umanitaria a carattere opzionale*³⁰.

La coesistenza, nel medesimo ordinamento, dei due fattori testé menzionati (ampia punibilità + eccezione umanitaria facoltativa) genera un *mix* esplosivo che risulta, in definitiva, nella circostanza che *la criminalizzazione della solidarietà non è, di per sé, preclusa dal diritto dell'Unione*.

Ciò parrebbe confermato dal fatto che la repressione delle condotte mutualistiche ed umanitarie in favore degli stranieri pare ormai un fenomeno intrinseco della politica criminale degli Stati europei³¹. Non solo, infatti, gli ordinamenti domestici utilizzano la leva penale contro l'immigrato in quanto tale (ad es., prevedendo reati *ad hoc*, come l'ingresso irregolare), ma si attivano altresì contro quei soggetti che *aiutano e supportano* i cittadini stranieri³². Tale scivolamento di paradigma nella risposta sanzionatoria contribuisce, poi, a quella che possiamo definire una criminalizzazione *par ricochet*, nel senso che la *diretta* criminalizzazione degli attori solidali si risolve, in definitiva, in una criminalizzazione *indiretta* degli stranieri "assistiti". Ciò, come è evidente, con ovvie ripercussioni sui diritti fondamentali di questi ultimi. In tale frangente, è stato drammaticamente sottolineato come «la logica statale, in effetti, continua a confondere volutamente la dimensione del traffico (...) con la dimensione solidale, reprimendo palesemente le iniziative di sostegno ai migranti»³³. Questa indebita sovrapposizione tra il piano del traffico degli stranieri e le condotte solidaristico-umanitarie è stata ritenuta una precisa scelta di politica criminale attuata scientemente dal legislatore eurounitario³⁴.

In definitiva, «la previsione di una così estesa area della punibilità, unitamente all'assenza di una chiara e sufficiente ampia scriminante umanitaria, generano una disciplina foriera di incolmabili incertezze giuridiche, disparità di trattamento e sanzioni sproporzionate»³⁵. Il rischio di eccessiva criminalizzazione di *qualsiasi* condotta di favoreggiamento all'ingresso non pare essere stato preso in considerazione dai redattori del

30. Che di eccezione si tratti è confermato dalla 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), GU C 323 del 1.10.2020, p. 4, laddove è riportato che «soltanto otto Stati membri prevedono nella legislazione nazionale la prestazione di qualche forma di assistenza umanitaria come causa di non punibilità relativa al reato di favoreggiamento dell'ingresso e/o del transito illegale».

31. Lo definisce un «*phénomène structurel qui s'insère dans les objectifs visés par la gouvernance des migrations*» (A. Barone, *Le long été de Vintimille: auto-organisation et criminalisation de la solidarité à la frontière franco-italienne*, in *Mouvements*, n. 1.2018, p. 179).

32. Si tratterebbe di un «nuovo nemico da criminalizzare per combattere l'immigrazione irregolare», secondo L. Masera, *Il diritto penale "dei nemici" – La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2.2020, p. 825. Sul punto, l'A. fa esplicito riferimento alle «ONG che soccorrono i migranti in mare» (p. 825 ss.).

33. L. Giliberti, *La criminalizzazione della solidarietà ai migranti in Val Roja: Note dal campo*, in *Mondi migranti*, n. 3.2018, p. 177.

34. In questi termini, G. Mentasti, *The criminalisation of migration in Italy: Current tendencies in the light of EU law*, in *New J. Eur. Crim. L.*, n. 4.2022, p. 508.

35. Così, efficacemente, S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., p. 156.

*Facilitators Package*³⁶ e, tra gli ordinamenti degli Stati membri, dal legislatore italiano (art. 12 TU).

Le basi giuridiche della presente questione pregiudiziale originano proprio da qui³⁷.

3. I profili del rinvio pregiudiziale

3.1. Il fatto

Il caso *Kinshasa* vede imputata una donna di origini congolese, tratta in arresto dopo essere atterrata a Bologna, con un volo proveniente da Casablanca, per aver esibito un passaporto senegalese poi risultato falso e per aver accompagnato con sé due bambine infraquattordicenni, per le quali mostrava due passaporti anch'essi risultati falsi. La donna venne indagata *inter alia* per l'illecito previsto e punito dall'art. 12, co. 1 TU, per aver compiuto atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso delle due minori nel territorio dello Stato³⁸. Durante le indagini preliminari, la predetta rappresentò all'autorità giudiziaria di essere stata costretta a fuggire dal proprio Paese d'origine a causa della condotta gravemente minatoria posta in essere dal suo ex compagno, che aveva minacciato di morte sia lei che la sua famiglia. Di qui la decisione di fuggire dal Paese, portando con sé le bambine – rispettivamente, sua figlia e sua nipote – temendo per la loro incolumità³⁹.

Emerge dal contenuto dell'ordinanza che la donna venne rinviata a giudizio e che, in sede dibattimentale, fu la difesa dell'imputata a sollecitare il Tribunale a rilevare le incompatibilità tra la normativa europea ed italiana con l'art. 52, § 1 della Carta, chiedendo, per l'effetto, di operare rinvio pregiudiziale innanzi la Corte di Giustizia dell'UE. All'esito dell'istruttoria, il giudice bolognese accolse le richieste difensive «tanto sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 52, par. 1 della Carta in relazione all'art. 12, co. 1 T.U.I., quanto sotto il profilo della validità della normativa dettata dalla dir. 2002/90/CE e dalla decisione quadro 2002/946/GAI»⁴⁰.

3.2. La (convincente) motivazione posta alla base della richiesta

A ben vedere, le questioni sollevate dal Tribunale bolognese si snodano secondo due linee logico-argomentative: da un lato, il giudice rimettente dubita della compatibilità della *normativa italiana* che consente la “criminalizzazione della solidarietà” con i criteri di proporzionalità scolpiti all'art. 52, § 1 della Carta; dall'altro, il medesimo giudice dimostra di nutrire i medesimi dubbi di validità in merito al *Facilitators Package*. Alla Corte di Giustizia, quindi, si chiede un pronunciamento sulla compatibilità di *entrambe* le normative lette alla luce della Carta.

36. G. Mentasti, *op. cit.*, p. 510. Questo crea, peraltro, una evidente *frammentazione* tra gli ordinamenti degli Stati membri, pregiudicando quell'armonizzazione cui il *Facilitators Package* tenderrebbe.

37. Rileva, criticamente, F. Alagna, *op. cit.*, p. 318, che «*the EU failure to address those critical aspects – financial or other material benefit and humanitarian exemption – (...) hindered the definition of a meaningful answer to the existing challenges*».

38. Ord. di rinvio, §§ 1-2.

39. *Ivi*, § 3. Mentre il legame di parentela con la figlia venne confermato da una consulenza medico-legale (§ 6), non fu possibile accertare, con lo stesso mezzo, il rapporto con l'altra minore.

40. *Ivi*, §§ 8-9. Come riportato dal giudice rimettente, «il pubblico ministero si [rimise] a giustizia».

Sul punto, però, va fatta subito una precisazione. L'art. 12, co. 1 TU è conforme alle norme del *Facilitators Package*⁴¹. Ne costituisce l'attuazione a livello nazionale⁴². Le fattispecie criminose contenute in entrambi gli strumenti condividono i medesimi elementi costitutivi e, quindi, possiedono le medesime criticità di fondo. Tale prospettiva è parimenti condivisa non solo dal giudice rimettente, ma anche da accorta dottrina, che aveva già da tempo segnalato come le censure rivolte all'art. 12 TU potessero estendersi anche al *Facilitators Package*⁴³.

L'attenzione va quindi concentrata, anzitutto, sull'identificazione dei principali vulnera della normativa italiana che consente la criminalizzazione di *tutte* le condotte di favoreggiamento all'ingresso⁴⁴ (problematiche che discendono, per osmosi, dalle disposizioni previste a livello eurounitario). Essi vengono così riassunti nel corpo dell'ordinanza: «l'ampia formulazione della norma incriminatrice, la mancata previsione del requisito del dolo specifico con funzione di selezione delle condotte penalmente rilevanti, unitamente all'inapplicabilità della causa di giustificazione di cui all'art. 12, co. 2 T.U.I., producono il risultato di assoggettare alla sanzione penale [...] anche la condotta di chi abbia favorito l'ingresso dello straniero irregolare per scopi di assistenza umanitaria, e anche qualora lo straniero si trovi in condizioni di bisogno»⁴⁵.

Come identificare, in tal frangente, i fattori da cui trarre che siffatta normativa sarebbe (in)compatibile con il diritto primario dell'Unione?

A tal fine, il parametro di valutazione invocato dal giudice rimettente è il canone di proporzionalità scolpito all'art. 52, § 1 della Carta, «clausola limitativa generale»⁴⁶ che fissa i confini entro i quali la compressione dei diritti fondamentali *ivi* sanciti può ritenersi ammissibile. Per loro natura, le norme penali che prevedono la pena detentiva – come l'art. 12, co. 1 TU – rientrano tra le disposizioni capaci di incidere negativamente sul diritto alla libertà personale, protetto dall'art. 6 della Carta⁴⁷. Tale pregiudizio, tuttavia, rimane legittimo solamente entro confini ben precisi.

Ed invero, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, qualsiasi norma che attui il diritto dell'UE compromettendo le prerogative contenute nella Carta resta compatibile con quest'ultima laddove, contestualmente, persegua un obiettivo *legittimo*, sia *idonea* a conseguire tale obiettivo, sia *necessaria* a tal fine e, infine, sia *proporzionata in senso stretto*, nel senso che la medesima apporti un «ragionevole bilanciamento tra i contrapposti

41. *Ivi*, §§ 21-25.

42. *Ivi*, §§ 26-29. Ciò consente di ritenere l'art. 52, § 1 della Carta applicabile nei confronti della normativa italiana, in quanto attuazione del diritto dell'UE (*ivi*, § 19).

43. S. Zirulia, *op. cit.*, p. 167 ss., citato peraltro nell'ordinanza di rimessione al § 20.

44. Rileva il Tribunale bolognese che la "clausola umanitaria" prevista all'art. 12, co. 2 TU non può applicarsi, così come formulata, nel caso di favoreggiamento all'ingresso, in quanto la medesima prevede che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno *comunque presenti nel territorio dello Stato*» (ord. di rinvio, § 24, corsivo aggiunto).

45. Ord. di rinvio, § 25.

46. Così, F. Ferraro, *Articolo 52 – Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1063.

47. Ord. di rinvio, § 30.

interessi»⁴⁸. Difettando uno di questi requisiti, la disposizione in esame diverrebbe ipso facto incompatibile con il diritto primario europeo.

Se la repressione penale delle condotte di traffico di migranti per ingiusto arricchimento può dirsi *idonea* e *necessaria* al perseguimento dell'obiettivo *legittimo* di combattere l'immigrazione irregolare, lo stesso non può dirsi in relazione all'applicazione di sanzioni penali nei confronti di chi, per finalità di *assistenza umanitaria*, fornisce supporto agli stranieri per facilitarne l'ingresso o il transito sul territorio nazionale⁴⁹. Il giudice bolognese ritiene «non (...) discutibile l'astratta idoneità» dell'art. 12, co. 1 TU «a perseguire gli obiettivi di controllo dei flussi migratori»⁵⁰. Ma la medesima normativa non apparirebbe né *necessaria* a tale scopo, né *proporzionata* in senso stretto.

Qui il ragionamento del giudice emiliano sovrappone i due piani, senza però perdere la propria coerenza logico-argomentativa. I punti salienti di tale ragionamento possono così compendiarsi.

In primo luogo, nell'ordinamento italiano, la “clausola umanitaria” prevista dall'art. 12, co. 2 TU non può applicarsi ai casi di favoreggiamento all'ingresso⁵¹. Pertanto, queste ultime condotte sono sempre oggetto di repressione penale, tanto che la Corte bolognese parla di «spettro applicativo indifferenziato» dell'art. 12, co. 1 TU⁵².

In tale contesto, ed in secondo luogo, viene notato che, quantomeno in una «circostrita categoria di ipotesi», sarebbe ragionevole che le condotte di favoreggiamento all'ingresso vengano scriminate. Per definire i comportamenti non meritevoli di essere sanzionati penalmente, si ricorre ad un convincente argomento *assiologico* e *teleologico*. Si tratterebbe di quelle azioni poste in essere con l'obiettivo specifico di agevolare lo straniero a fruire dei propri diritti fondamentali, tra i quali vanno annoverati quelli protetti dagli artt. 2 (vita), 3 (incolumità fisica), 7 (vita familiare) e 18 della Carta (asilo). Ecco, allora, che il godimento di tali prerogative personalissime – il cui esercizio da parte dello straniero viene garantito/agevolato per il tramite del “facilitatore” – deve essere *bilanciato* con l'obiettivo legittimo di controllare i flussi migratori⁵³.

Ci si domanda, in ultimo luogo, se tale bilanciamento sia stato operato dal legislatore italiano. La risposta è negativa, secondo il giudice rimettente, in quanto l'art. 12, co. 1 TU «determina il *non necessario* sacrificio di diritti fondamentali di rango particolarmente elevato a fronte della tutela di un interesse avente carattere strumentale quale il controllo dei flussi migratori»⁵⁴. A sostegno di tale tesi, l'ordinanza adotta un argomento particolarmente persuasivo – e che, invero, ci si augura venga debitamente valorizzato dalla

48. *Ivi*, §§ 30-31 e giurisprudenza citata. Secondo autorevole dottrina, l'art. 52, § 1 della Carta contiene tre diversi requisiti: una regola procedurale (ogni limitazione dei diritti sanciti dalla Carta deve essere «*provided for by law*»); una regola inerente le giustificazioni per operare tale limitazione (si deve trattare di «*objectives of general interest recognised by the Union*» oppure di «*need to protect the rights and freedoms of others*»); e, infine, una regola per operare il bilanciamento tra i diritti in questione e le relative limitazioni (l'obbligo di rispettare «*the essence of those rights and freedoms*», il principio di proporzionalità in senso stretto e il requisito di necessità). Sul punto, si v. S. Peers, S. Prechal, *Article 52, in The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 1611 ss.

49. Ord. di rinvio, §§ 32-38.

50. *Ivi*, § 38, laddove il giudice qualifica la «generalizzata minaccia della sanzione penale» per chi facilita l'ingresso dei migranti irregolari come misura «funzionale» al «contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale» ex art. 79 TFUE.

51. *Ivi*, § 40. V. *supra* nt. 44.

52. *Ivi*, § 43.

53. *Ivi*, §§ 41-42.

54. *Ivi*, § 43.

Corte di Giustizia –. Si parte dalla constatazione, piana, che gli Stati membri *non sono obbligati* a recepire la “clausola umanitaria” prevista dal diritto eurounitario. Essi possono integrarla a livello interno (così, ad es., ha operato il Belgio)⁵⁵ così come non prevederla affatto. Ne consegue che, in ipotesi, la politica migratoria dell’Unione non sarebbe ostacolata dall’introduzione di tale clausola *in tutti gli ordinamenti interni* (altrimenti tale facoltà non sarebbe stata prevista). Un’Unione composta da Stati che, tutti, scriminino le condotte umanitarie sarebbe pienamente conforme al disposto normativo del *Facilitators Package*. Ecco, allora, la pietra angolare del ragionamento del giudice del rinvio: la criminalizzazione delle condotte umanitarie, sia a livello domestico che a livello europeo, *non è necessaria al raggiungimento degli obiettivi di politica migratoria dell’Unione europea*⁵⁶.

Pertanto, imporre una sanzione penale nei confronti di chi agevola lo straniero nell’esercizio dei summenzionati diritti fondamentali si pone doppiamente in contrasto con l’art. 52, § 1 della Carta: sia perché misura *non necessaria*, nei termini ora descritti, sia perché misura *sproporzionata in senso stretto*, in quanto prevista, in ogni caso, senza bilanciare adeguatamente i summenzionati diritti protetti dalla Carta con gli interessi (sovra)nazionali nel contrasto all’immigrazione irregolare⁵⁷. Ad essere violati per il tramite della repressione penale delle condotte solidaristiche, infatti, non sarebbero solamente il diritto alla libertà personale del soggetto attinto dalla pena detentiva, ma anche una serie di prerogative facenti capo ai medesimi migranti; implicazioni che, evidentemente, non sono state vagliate adeguatamente dal legislatore italiano⁵⁸. L’art. 12 TU, per essere conforme alla Carta, dovrebbe quindi scriminare *sempre* le condotte poste in essere a scopo umanitario.

Conclude, il giudice del rinvio, con un rilievo, per così dire, criminologico, censurando il riverbero concreto di tale *overcriminalization*. Segnatamente, la progressiva disincentivazione dei consociati al compimento di una serie di condotte solidali, e, dunque, a fine non lucrativo, nei confronti degli stranieri, con gravi – e censurabili – ripercussioni sui diritti fondamentali sia di questi ultimi che dei “facilitatori” stessi⁵⁹. Il tutto, come è

55. Per una panoramica dell’ordinamento belga, v. C. Macq, *Délit de solidarité: quelle place pour la pénalisation de l’aide désintéressée aux situations migratoires en droit belge?*, in *Le droit pénal et la procédure pénale en constante évolution*, a cura di V. Franssen, A. Masset, Liegi, Anthemis, 2022, pp. 116-170. Nello specifico, sulla genesi della clausola umanitaria, si v. la ricostruzione storico-giuridica proposta da F. Kutry, *La cause de justification déduite du mobile humanitaire dans l’hypothèse de l’aide apportée à l’entrée, au transit ou au séjour illégal sur le territoire belge*, in *Rev. dr. pén. crim.*, n. 7/8.2019, pp. 849-864.

56. Ord. di rinvio, §§ 44-45.

57. Peraltro, il giudice del rinvio enfatizza che l’uso non necessario del diritto penale concretizza una violazione del principio dell’*extrema ratio* (*ivi*, § 46 *in fine*).

58. *Ivi*, §§ 45-46. In dottrina, già S. Zirulia, *Non c’è smuggling*, cit., p. 167 ss. aveva fatto riferimento ad un «fascio di interessi più ampio a quelli rilevanti nel rapporto tra Stato e autore del reato».

59. *Ivi*, § 47. Il giudice del rinvio si riferisce al c.d. «*chilling effect*», ovvero sia quell’effetto dissuasivo che la minaccia di sanzioni penali – non adeguatamente perimetrata in quanto alla loro applicazione soggettiva e oggettiva – opera nei confronti dei consociati, inducendo questi ultimi ad astenersi dal porre in essere condotte umanitarie, «socialmente utili» (S. Zirulia, *Non c’è smuggling*, cit., p. 168), financo doverose ai sensi del diritto internazionale (ad es., le attività di soccorso in mare). Sul punto, in dottrina, v. C.M. Ricci, *op. cit.*, pp. 49-52; G. Mentasti, *op. cit.*, p. 511; S. Zirulia, *Non c’è smuggling*, cit., pp. 167-169; M. Du Jardin, *L’hebergement citoyen de migrants en transit sur le territoire belge: «un délit de solidarité»?», in *Rev. dr. pén. crim.*, n. 3.2020, pp. 357 ss. (laddove l’A. parla apertamente di «*actes d’intimidation*» volti a «*contrôler un comportement solidaire*» all’interno dell’ordinamento belga); V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Human Smuggling*, p. 18; J. Allsopp, *op. cit.*, pp. 9-11; A. Spina, *op. cit.*, p. 146 s. (laddove l’A. riconnette il «rischio penale di vedersi trattati come trafficanti» alla «riduzione delle *chances* di salvezza dello straniero che versi in situazione di pericolo»); A. Bastenier, *La solidarité n’est pas un crime*, in *La Revue Nouvelle*, n. 5.2021, pp. 9-12; D. Colomer Bea, *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, in *Cuad. El. Fil. Der.*, n. 2(41).2019, pp. 97-116; M.F.*

desumibile, provocato dalla paura non solamente di essere attinti dalla sanzione penale, ma, ancor prima, di rimanere “stritolati” nelle maglie del procedimento penale in sé, prevedibilmente lungo, costoso, dagli effetti stigmatizzanti e deleterio per la propria reputazione⁶⁰. Il quadro, allora, è a dir poco sconfortante e sembra echeggiare alcune considerazioni già sviluppate in dottrina: «il diritto alla vita e all’integrità fisica [risulterebbero] minacciati dalla progressiva contrazione delle attività di soccorso; il diritto di richiedere asilo depotenziato dalla repressione delle attività di assistenza ai rifugiati; e il diritto alla vita privata e familiare lesa dalla criminalizzazione dei parenti che agiscono con il solo obiettivo del ricongiungimento dei propri cari»⁶¹.

Quanto sopra riportato sulla asserita incompatibilità dell’art. 12, co. 1 TU con la Carta dei diritti fondamentali può ben attagliarsi *mutatis mutandis* all’assetto normativo delineato nel *Facilitators Package*, di cui la norma italiana costituisce precipua applicazione nell’ordinamento interno. Tale assetto, fondato su una clausola umanitaria *facoltativa*, finisce per condurre alle medesime storture testé evidenziate⁶².

Il magistrato bolognese formula allora due quesiti dalla Corte di Lussemburgo.

In primo luogo, i giudici dell’Unione vengono chiamati a chiarire se il combinato disposto dell’art. 52, § 1 con gli artt. 2, 3, 6, 17 e 18 della Carta osti alle previsioni del *Facilitators Package*, nella parte in cui impongono agli Stati membri di criminalizzare le condotte di favoreggiamento all’ingresso, anche quando non sorrette da scopo di lucro, «senza prevedere al contempo l’obbligo (...) di escludere la rilevanza penale di [quelle condotte] finalizzate a prestare assistenza umanitaria allo straniero»⁶³.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia viene chiamata a chiarire se il combinato disposto dell’art. 52, § 1 con gli artt. 2, 3, 6, 17 e 18 della Carta osti alle previsioni dell’art. 12 TU nella parte in cui criminalizza le condotte di favoreggiamento all’ingresso, anche quando non sorrette da scopo di lucro «senza escludere al contempo la rilevanza penale di condotte di favoreggiamento dell’ingresso irregolare finalizzate a prestare assistenza umanitaria allo straniero»⁶⁴.

Angori, *La “criminalizzazione della solidarietà” nella normativa italiana ed europea: criticità e prospettive di riforma per la promozione di un’immigrazione sostenibile*, in *Arch. pen. (web)*, ottobre 2023, pp. 10-13.

60. Distingue i fenomeni di «*over-criminalisation*» e di «*over-prosecution*», C.M. Ricci, *op. cit.*, p. 49 ss.

61. Così, efficacemente, M. Porchia, *op. cit.*, p. 6, che fornisce anche una casistica aggiornata dei più recenti casi di criminalizzazione della solidarietà in Italia. Sul punto, cfr. S. Zirulia, *Is That a Smuggler?*, cit., p. 241 ss. Per la giurisprudenza belga in materia, si rinvia a C. Macq, *op. cit.*, p. 138 ss. Per una disamina critica della sentenza del *Conseil constitutionnel* francese del 2018 in materia di *délit de solidarité*, v. C. Chassang, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, pp. 170-189. Per una breve analisi sulla giurisprudenza tedesca, si v. S. Trevisan, U. Moeller, *Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy*, in *Giur. pen.*, n. 7/8.2019, pp. 8-12.

62. Invero, per il fatto di stabilire la facoltà di non criminalizzare il comportamento qualificabile come “assistenza umanitaria”, la normativa del *Facilitators Package* potrebbe apparire, a prima vista, non intrinsecamente contraria all’art. 52, § 1 della Carta. In fin dei conti, si potrebbe argomentare, non sarebbe tanto il “Pacchetto” ad imporre una repressione delle condotte umanitarie *sproporzionata* quanto ai beni giuridici ed agli interessi “in gioco”, quanto l’implementazione dello stesso da parte degli Stati nazionali. Resta il fatto, tuttavia, che siffatta implementazione a livello domestico risente, in ogni caso, della *discrezionalità applicativa* della clausola umanitaria, discendente in modo diretto ed inequivoco dal “Pacchetto” stesso. Pertanto, pare difficilmente smentibile l’assunto per cui il *Facilitators Package*, nel facoltizzare la scriminante umanitaria, consente la criminalizzazione delle condotte non sorrette dallo scopo di lucro, così ponendosi in contrasto con l’art. 52, § 1 della Carta.

63. Ord. di rinvio, p. 15, prima questione pregiudiziale.

64. *Ivi*, seconda questione pregiudiziale.

4. Qualche spunto di riflessione: (almeno) tre “convitati di pietra”

Come anticipato, l’ordinanza in commento si sviluppa secondo scansioni logico-argomentative che paiono convincenti e ben motivate. Essa ha certamente tratto linfa preziosa dalle posizioni di autorevole dottrina⁶⁵, puntualmente riprese dalla difesa dell’imputata come “pungolo” per sollecitare il Tribunale di Bologna a sospendere il procedimento e rinviare il caso a Lussemburgo. Proprio alla difesa, poi, va dato l’assoluto merito di non aver desistito a riproporre la questione pregiudiziale innanzi la Corte bolognese, dopo un primo infausto tentativo innanzi il Tribunale di Trapani, nel c.d. processo *Iuventa*⁶⁶. Al netto delle persuasive argomentazioni poste alla base del rinvio, e del suo futuro esito – che ci sia augura dia seguito ai dubbi manifestati dal giudice rimettente –, il caso *Kinshasa* fornisce un’ulteriore prova del ruolo fondamentale, e dell’assoluto pregio, che l’attività difensiva ricopre nel sollecitare i giudici nazionali a sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, soprattutto quando ad essere in gioco sono i diritti fondamentali dei loro assistiti⁶⁷. A guadagnarci, peraltro, non sarebbe solamente l’imputata nel caso in commento, ma tutti gli individui (purtroppo numerosi) sottoposti a procedimenti penali per analoghe condotte umanitarie di favoreggiamento all’ingresso e, in ultima istanza, la coerenza sistematica ed assiologica del diritto dell’Unione, epurato – secondo i nostri auspici – da quelle incongruenze cristallinamente identificate dal giudice bolognese.

Senza indugiare oltre, preme dar conto, per completezza, di due ulteriori profili di analisi che, se opportunamente valorizzati dalla Corte *motu proprio*, potrebbero, da un lato, rinsaldare, da una differente angolatura, l’argomento della *non necessità/sproporzione* delle scelte di criminalizzazione così come imposte a livello europeo e, di riflesso, a livello interno (§ 4.1); dall’altro, evidenziare un ulteriore – ed autonomo – profilo di illegittimità della (sola) normativa eurounitaria, non rispettosa, secondo questa lettura, del principio di *legalità* (§ 4.2).

Evidentemente, si tratta di questioni che non sono state sollevate dal giudice del rinvio. Eppure, in adesione ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che conviene richiamare nella sua interezza, nel contesto della procedura di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*,

«la Corte di Giustizia può essere indotta a prendere in considerazione norme del diritto dell’Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella formulazione della sua questione. Infatti, la circostanza che, formalmente, il giudice nazionale abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento a talune disposizioni del diritto dell’Unione non osta a che la Corte fornisca a tale giudice tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili

65. Specialmente, S. Zirulia, *Non c’è smuggling*, cit.

66. V. il comunicato *La Corte di giustizia dell’Unione europea valuterà la legittimità del reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, del 25 luglio 2023, disponibile al seguente url: <https://iuventa-crew.org/en/2023/07/25/la-corte-di-giustizia-dellunione-europea-valuterà-la-legittimità-del-reato-di-favoreggiamento-dellimmigrazione-irregolare/>.

67. Nonostante la mancanza di dati empirici sull’impatto dell’attività degli avvocati in relazione al numero di rinvii pregiudiziali sottoposti alla Corte di Giustizia, v. il recente studio di J. Hoevenaars, *Lawyering Eurolaw: An Empirical Exploration into the Practice of Preliminary References*, in *European Papers*, n. 2.2020, pp. 777-797, basato su interviste semi-strutturate sottoposte a 28 avvocati olandesi coinvolti in procedure di rinvio pregiudiziale. L’A. parte dal presupposto che «lawyers are now given their rightful position among the host of actors included as protagonists of supranational legal development».

per la soluzione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione delle sue questioni»⁶⁸.

Il fatto, quindi, che l'ordinanza in commento sia imperniata sull'art. 52, § 1 della Carta, non preclude alla Corte, qualora lo ritenga necessario, di ricorrere ad *ulteriori* parametri di legittimità di diritto primario europeo, rilevanti nel caso di specie, per rispondere alle domande poste dal giudice dello Stato membro⁶⁹. Tale facoltà trova le sue radici sistematiche nella natura stessa del rinvio pregiudiziale, che costituisce essenzialmente una procedura di «cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte»⁷⁰. Essendo quest'ultima deputata a chiarire i dubbi delle Corti remittenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione, ben le è consentito di invocare *ex officio* ulteriori disposizioni rilevanti nel caso di specie, sia pur pretermesse dagli stessi, proprio al fine di fornire una risposta *completa* ed in linea col principio collaborativo di cui si è appena accennato.

4.1. *Il principio di indispensabilità della pena (art. 83, § 2 TFUE) e proporzionalità formale (art. 49, par. 3 della Carta)*

Si è ben compreso che la presente questione pregiudiziale concerne la legittimità di certe scelte di criminalizzazione operate dal legislatore eurounitario e – di riflesso – da quello italiano. L'angolo visuale con cui la questione è stata trattata è puramente "europeo". Si è utilizzato, cioè, un parametro di diritto primario, *i.e.*, l'art. 52, § 1 della Carta, che fissa i confini entro cui una limitazione dei diritti fondamentali – si badi, non solo quelli potenzialmente pregiudicati dal diritto penale – risulta accettabile nell'ordinamento eurounitario. Nella sua accezione, si tratta di un «principio di proporzionalità materiale», che si risolve in una «valutazione del rapporto di adeguatezza tra i mezzi e gli scopi»⁷¹, in cui l'analisi sulla *necessità* della misura sotto esame costituisce *uno* dei passaggi logico-argomentativi per vagliare il rispetto di tal principio, insieme a quelli dell'*idoneità* e della *proporzionalità in senso stretto*.

Proprio in tema di *non necessità* della criminalizzazione, tuttavia, parrebbe esserci spazio per sostenere un ulteriore argomento che, in un certo senso, si affianca e parzialmente si sovrappone a quello testé sviluppato.

68. V. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Szupnar, presentate il 31 maggio 2018, nella causa C-105/17, *Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:378, § 26 e giurisprudenza *ivi* citata.

69. V., recentemente, Corte giust., sentenza del 22 dicembre 2022, *Ministre de la Transition écologique and Premier ministre (Responsabilité de l'État pour la pollution de l'air)*, causa C-61/21, ECLI:EU:C:2022:1015, punto 34 e giurisprudenza *ivi* citata. Per un caso in cui la Corte ha ritenuto necessario rispondere alla questione pregiudiziale richiamando un articolo della Carta, non menzionato dal giudice rimettente, si v. *inter alia* Corte giust., sentenza dell'8 dicembre 2022, *HYA e altri*, causa C-348/21, ECLI:EU:C:2022:965, punto 29, con nota di L. Bernardini, G. Ancona, *HYA and Others: Reshaping participation at criminal trials in Europe*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 3.2023, pp. 312-324.

70. V., tra le altre, Corte giust., sentenza del 9 novembre 2023, *BK (Requalification de l'infraction)*, causa C-175/22, ECLI:EU:C:2023:844, punto 51, con nota di L. Bernardini, *Turning Labels – A sound interpretation of the right to be informed in criminal proceedings that still holds some drawbacks: BK (Case C-175/22)*, in *EU Law Live*, 27.11.2023, accessibile al seguente url: <https://eulawlive.com/op-ed-turning-labels-a-sound-interpretation-of-the-right-to-be-informed-in-criminal-proceedings-that-still-holds-some-drawbacks-bk-case-c-175-22-by-lorenzo-bernardini/>.

71. Sul principio di «proporzionalità materiale» nel diritto dell'Unione, v. C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1.2012, p. 115 ss. Per la distinzione tra «proporzionalità» e «sussidiarietà», a livello penale e a livello europeo, v. il pionieristico studio di M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1.2003, pp. 141-183.

Il “convitato di pietra” è l’art. 83 TFUE, disposizione che codifica la competenza dell’Unione a legiferare in materia penale. L’attenzione va rivolta al § 2, laddove si prevede che «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive». Si tratta del c.d. principio europeo di indispensabilità/necessità della pena⁷².

Qual è la rilevanza di siffatta disposizione rispetto al caso di specie? E perché la Corte di Giustizia dovrebbe richiamarla *motu proprio* per rispondere alle questioni poste dal giudice bolognese?

L’art. 83, § 2 TFUE esprime una «*functionalistic view of criminal law*», in quanto considera lo *ius criminale* come «*a means to an end, the end being the effective implementation of other EU policies*»⁷³, senza circoscrivere ulteriormente il proprio ambito di applicazione⁷⁴. Si tratta quindi di una «clausola di limitazione settoriale»⁷⁵ alla competenza penale dell’Unione che, in questo campo, va ritenuta squisitamente «accessoria»: qualsiasi direttiva adottata in tale frangente non va considerata un «*autonomous act*», un testo isolato, bensì uno strumento volto ad incrementare l’efficienza dell’intervento eurounitario in un determinato settore già oggetto di armonizzazione, che però necessita, come *conditio sine qua non*, del “valore aggiunto” di norme minime su reati e sanzioni per essere proficuamente attuato⁷⁶.

Le scelte di criminalizzazione operate a livello europeo mediante il *Facilitators Package* – e trasposte a livello interno ex art. 12, co. 1 TU – sono imperniate su una (non più in vigore) base legale⁷⁷ che, a seguito di abrogazione/rifusione, può oggi ricondursi all’art. 83, § 2 TFUE, che è norma di diritto primario, gerarchicamente sovraordinata al “Pacchetto”, le cui disposizioni vanno quindi interpretate alla luce dei requisiti contenuti nella stessa.

Non si contesta, ovviamente, che la politica comune sull’immigrazione sia un settore già armonizzato ai sensi dell’acquis dell’Unione⁷⁸. Non si discute, parimenti, che il *Facilitators Package* sia stato concepito proprio come *struttura normativa posta a presidio di tale settore*, svolgendo nei confronti di quest’ultimo una funzione servente, sì da garantirne l’efficace implementazione. In linea di principio, ed a prima vista, la previsione di sanzioni penali per combattere fattivamente l’immigrazione irregolare – *sub specie* favoreggiamento all’ingresso, al transito e alla permanenza – può apparire «indispensabile», alla luce

72. C. Sotis, *I principi*, cit., 113.

73. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, cit., p. 117.

74. È norma che assolve una duplice funzione: da un lato, limita la portata del giudizio di necessità di pena incentrandolo sull’idea di “indispensabilità”, dall’altro attribuisce la competenza all’Unione di esercitare tale giudizio qualora il ricorso al diritto penale si riveli indispensabile. In questa luce, «sembra essere la specificazione, per quanto riguarda la produzione degli atti comunitari in materia penale, del generale principio di proporzionalità/necessità di attribuzione di competenza posto al quarto comma dell’art. 5 del TUE» (C. Sotis, *I principi*, cit., pp. 112 e 120).

75. C. Sotis, *Le competenze penali dell’Unione previste nel trattato di Lisbona: una lettura d’insieme*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, Padova, Cedam, 2013, p. 47.

76. R. Sicurella, *EU competence in criminal matters*, in *Research Handbook on EU Criminal Law*, a cura di V. Mitsilegas, M. Bergström, T. Konstantinides, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 62.

77. V. *retro* note 3 e 4.

78. Si v. il Titolo V del TFUE, specificamente il cap. II, recante «Politiche relative al controllo ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione».

dell'interesse protetto, dell'offensività delle condotte punite e dell'indisponibilità di misure meno gravose.

Ben più arduo, in questo contesto, è però sostenere che l'adozione di norme minime che consentano *la repressione penale delle condotte di solidarietà all'ingresso, non sorrette da scopo di lucro* – placidamente permesse tanto dal *Facilitators Package* quanto dall'ordinamento italiano – sia ugualmente «indispensabile» per l'attuazione «efficace» della politica migratoria europea⁷⁹. Ecco, allora, dove risiederebbe il contrasto del “Pacchetto” con l'art. 83, § 2 TFUE, che si snoderebbe, a nostro modo di vedere, secondo due filoni problematici: (i) la criminalizzazione non è funzionale a rendere «efficace» la politica migratoria dell'Unione, così come definita dai Trattati e (ii) siffatta criminalizzazione non è, in ogni caso, «indispensabile»⁸⁰.

In merito al primo punto, va ricordato che, per essere conforme all'art. 83, § 2 TFUE, deve anzitutto dimostrarsi che la norma penale europea in esame contribuisca a raggiungere gli obiettivi fissati dal legislatore eurounitario nel settore considerato, incrementando l'*enforcement* delle regole di siffatto settore⁸¹. Nel caso in esame, in altre parole, bisognerebbe provare che l'ampia criminalizzazione prevista nel *Facilitators Package* contribuirebbe positivamente all'attuazione della politica europea comune dell'immigrazione. Nello specifico: che siano di ausilio a combattere l'immigrazione irregolare. Per una serie di motivi, ciò non parrebbe sostenibile con specifico riferimento alle condotte “umanitarie”, vale a dire quelle ove vengono in rilievo i sopra richiamati diritti fondamentali degli stranieri, il cui godimento viene *de facto* garantito dalla condotta agevolatrice dell'attore solidale.

Infatti, va ricordato che la politica migratoria europea che si intenderebbe presidiare con norme penali dal perimetro così esteso si sviluppa entro quello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» all'interno del quale, in ogni caso, va garantito «[il] rispetto dei diritti fondamentali»⁸². La politica comune in materia di immigrazione deve, in particolare, risultare «equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi»⁸³. Con riferimento specifico alla gestione dei confini dell'Unione, essa si prefigge l'obiettivo di «garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne»⁸⁴, assicurando nel contempo «la gestione efficace dei flussi migratori (...) e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale»⁸⁵.

È vero che, quantomeno a prima vista, *anche* la criminalizzazione della solidarietà all'ingresso contribuisce fattualmente ad impedire a stranieri irregolari di accedere al

79. Non rilevarebbe, invece, l'art. 83, § 1 TFUE che attribuisce all'Unione la potestà legislativa in materia penale solamente «in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni», quali «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». Il fenomeno di *migrant smuggling* criminalizzato nel *Facilitators Package* non è riconducibile, di per sé, ad alcuna di queste sfere di criminalità.

80. Il *test* di conformità delle scelte armonizzatrici del legislatore dell'Unione con l'art. 83, § 2 TFUE, che qui si adotta, è quello persuasivamente elaborato da J. Öberg, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law?*, in *New J. Eur. Crim. Law*, n. 3.2014, pp. 370-387.

81. *Ivi*, pp. 375-376.

82. Art. 67, § 1 TFUE. Gli Stati membri possono implementare regole divergenti solo per «il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna» (art. 72 TFUE).

83. Art. 67, § 2 TFUE.

84. Art. 77, § 1, lett. b TFUE.

85. Art. 79, § 1 TFUE.

territorio dell'Unione. Potrebbe quindi considerarsi una misura utile a conseguire l'obiettivo agognato dal legislatore eurounitario. Ma siamo sicuri che siffatto approccio *attui* la politica migratoria comune?

Se la risposta fosse *affermativa*, significherebbe riconoscere che siffatta politica comune comprende, tra le sue varie strategie di attuazione, quella di privare della libertà coloro i quali agevolano l'ingresso di stranieri, senza fine lucrativo, *al fine di esercitare quei diritti fondamentali su cui l'Unione europea è fondata*. E questo in nome dell'obiettivo di contrastare l'immigrazione irregolare "ad ogni costo", criminalizzando le attività solidaristiche dei "facilitatori".

A noi pare, invece, che ciò che risulta dai Trattati è che l'Unione europea non si è posta (né avrebbe potuto porsi) come scopo quello di contrastare l'immigrazione irregolare *anche a detrimento dei diritti fondamentali e in maniera iniqua per i cittadini dei Paesi terzi*⁸⁶.

Si pensi al diritto di asilo, oggetto di una diversa politica comune⁸⁷. Rendere penalmente rilevante la condotta di chi aiuta lo straniero a giungere sul territorio dell'Unione per esercitare tale prerogativa si porrebbe in contrasto diretto non solo con l'*asylum policy* europea, ma anche, e soprattutto, con la politica migratoria comune che certamente intende reprimere l'immigrazione irregolare, ma non può farlo senza assicurare, al contempo, il rispetto dei diritti fondamentali. Con buona pace dell'assunto per cui il *Facilitators Package* «non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della [Convenzione relativa allo status dei rifugiati]»⁸⁸.

D'altronde, è lo stesso legislatore eurounitario ad affermare che «una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un sistema europeo comune di asilo, costituisce uno degli elementi fondamentali dell'obiettivo dell'Unione europea relativo all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia *aperto a quanti*, spinti dalle circostanze, *cercano legittimamente protezione nell'Unione*»⁸⁹. Si fa riferimento a quegli individui che aspirano «legittimamente» all'ombrello protettivo dell'asilo europeo⁹⁰.

E, verrebbe da dire, se «legittima» è la richiesta degli stranieri, deve essere considerata altrettanto «legittima» l'azione di chi, proprio al fine di consentire al migrante di esercitare tale diritto, aiuta il cittadino di Paese terzo a raggiungere il suolo europeo. Se si considera poi che, in astratto, ogni migrante potrebbe essere potenzialmente un richiedente protezione internazionale (circostanza che può essere vagliata solo a seguito di un *individual assessment* delle circostanze in cui versa lo straniero, da parte delle autorità)⁹¹, appare in tutta la sua

86. Tanto che è lo stesso "Pacchetto" a prevedere una clausola umanitaria, sia pur facoltativa.

87. Art. 78 TFUE.

88. Art. 6, decisione quadro 2002/946/GAI.

89. *Considerando 2* della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)* [GU L 180 del 29.6.2013], pp. 60-95.

90. Per una lettura critica della portata di questo aggettivo, che dimostrerebbe l'approccio "restrittivo" del legislatore eurounitario nel distinguere i «*genuine asylum seekers*» dagli «*abusive ones*», si v., per tutti, V. Moreno-Lax, *Life After Lisbon, EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control*, in *EU Security and Justice Law After Lisbon and Stockholm*, a cura di D. Acosta Arca, C.C. Murphy, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 146-167.

91. Sul punto, va ricordato che la Corte di Giustizia ha statuito che gli stranieri che abbiano anche solo «espresso l'intenzione di chiedere protezione internazionale» vanno per ciò solo considerati «richiedenti protezione internazionale» (Corte giust., sentenza del 26 giugno 2020, *VL*, causa C-36/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:495, punti 87-92).

evidenza la “criminalizzazione della solidarietà” si porrebbe al di fuori – per i suoi effetti negativi sulla portata effettiva del diritto di asilo – della politica migratoria comune⁹².

Si collocherebbe, per meglio dire, *al di là* della stessa, ne eccederebbe i limiti, non ponendosi in rapporto *servente* con la sua «efficace» attuazione⁹³.

Venendo poi al secondo *step* del ragionamento, ovverosia, la mancata «indispensabilità» di siffatta criminalizzazione, l’argomentazione è più breve. Infatti, anche a voler ritenere che la repressione della solidarietà *attu* la politica migratoria comune, bisognerebbe poi valutare se tale strategia si *riveli imprescindibile* a tal fine. Ci vogliono prove empiriche, dunque concrete, per giustificare tale indispensabilità⁹⁴; per sostenere, cioè, non tanto l’adeguatezza potenziale dello strumento penale, bensì la sua assoluta necessità nel regolare la *migration policy* europea. Questo è tanto più necessario se si riflette sul fatto che, da un lato, lo *ius criminale* è lungi dall’essere uno strumento efficace *per se*⁹⁵ e, dall’altro, conferire allo stesso un valore simbolico per incrementare l’efficienza di un dato sistema – al di là di cosa, poi, implichi in concreto tale assunzione – potrebbe innescare un pericoloso processo di *overcriminalization* difficilmente compatibile con il principio di *extrema ratio*⁹⁶.

Sia pur con le problematiche riconnesse al concetto di «indispensabilità» codificato all’art. 83, § 2 TFUE⁹⁷, non sembra che la criminalizzazione delle condotte umanitarie possa possedere quelle caratteristiche di imprescindibilità per la politica migratoria comune. E questo per tre motivi. In primo luogo, non è mai stata presentata alcuna prova empiricamente convincente che, nei confronti delle condotte di solidarietà all’ingresso attuate nei confronti degli stranieri, sia imprescindibile l’intervento penale. In secondo luogo, alcuna giustificazione è mai stata fornita dal legislatore eurounitario sul perché strumenti *non penali* non siano, comunque, adeguati al medesimo scopo di contrastare

92. Che poi: può dirsi davvero *equo* (v. *supra* nt. 83) nei confronti dei cittadini di Paesi terzi applicare pene detentive a chi soccorre i migranti bisognosi di aiuto o a chi supporta gli stranieri nel giungere in Europa per chiedere asilo?

93. Lo stesso può dirsi in relazione al diritto alla vita, all’integrità fisica, alla vita privata e familiare, protetti rispettivamente agli artt. 2, 3, 7 e 18 della Carta. La decisione di criminalizzare la condotta ancillare di chi aiuta lo straniero – senza fini lucrativi o di sfruttamento – a giungere in Europa per esercitare tali prerogative (si pensi, ancora, al genitore che agevola l’ingresso del figlio, o alla persona che, mossa da fini solidaristici, si adopera per far sì che il migrante possa esercitare siffatti diritti fondamentali tramite il suo ingresso in Europa) non dovrebbe essere ricompresa entro la politica migratoria dell’Unione volta a reprimere l’immigrazione irregolare, nei termini sopra spiegati.

94. V., per tutti, J. Ouwerkerk, *Evidence-Based Criminalisation in EU Law: Evidence of What Exactly?*, in *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice*, a cura di J. Ouwerkerk, J. Altena, J. Öberg, S. Miettinen, Leiden-Boston, Brill|Nijhoff, 2019, pp. 37-65.

95. Come è stato evocativamente osservato, «*there appears to be a belief that the mystique surrounding criminal law will ensure its effectiveness automatically*» (E. Herlin-Karnell, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 108).

96. Questa la condivisibile preoccupazione espressa da R. Sicurella, *op. cit.*, p. 75. Sul concetto di *overcriminalization* si rinvia al prezioso saggio di D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, *passim*.

97. Sintetizza così la posizione critica di certa dottrina, A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Europa e diritto penale*, cit., p. 88: il giudizio di necessità/indispensabilità della pena sarebbe «rapportato ad esigenze di effettività di norme extrapenali UE anziché ad esigenze di “protezione dei beni giuridici sottostanti” alle suddette norme, e ciò non sarebbe privo di conseguenze rispetto al principio di *extrema ratio* della sanzione penale. Infatti, perdendo di vista il bene giuridico come oggetto della tutela penale, si perderebbe di vista anche la funzione critico-selettiva del bene stesso, rischiando di legittimare qualsiasi intervento penale volto ad implementare una politica dell’Unione, senza subordinare tale intervento all’esigenza di proteggere un interesse fondamentale da gravi offese non altrimenti prevenibili». Condividono questa prospettiva, tra gli altri, C. Sotis, *Le competenze*, cit., p. 47 s.; R. Sicurella, *op. cit.*, p. 71; J. Öberg, *op. cit.*, p. 374 ss. e, notando che l’indispensabilità è connessa all’attuazione di una «politica dell’Unione» e non ai suoi obiettivi, V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, cit., p. 118.

l'immigrazione irregolare. In terzo luogo, ed in maniera dirimente, va ricordato che la criminalizzazione dei comportamenti solidaristici *non è imposta agli Stati membri*, in quanto essi possono sempre attivare la “clausola umanitaria” più volte menzionata. Ciò renderebbe il ricorso al diritto penale di per sé non indispensabile *in parte qua*, per stessa “ammissione” del legislatore eurounitario.

In definitiva, la normativa del *Facilitators Package* – limitatamente alle condotte di solidarietà – presenterebbe profili di contrasto con l'art. 83, § 2 TFUE difficilmente superabili⁹⁸.

In ogni caso, la difficile congruenza del “Pacchetto” con l'art. 83, § 2 TFUE comporterebbe una violazione “a cascata” di un altro principio fondamentale del diritto penale, codificato all'art. 49, § 3 della Carta, vale a dire, la c.d. «proporzionalità formale»⁹⁹, a mente del quale «l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato». Va da sé che qualora *ab initio* la scelta di impiego del diritto penale risultasse incompatibile con il principio di indispensabilità/necessità della pena – che altro non è che una specificazione del principio di proporzione/necessità sancito all'art. 5 TUE¹⁰⁰ –, allora *qualsiasi sanzione* prevista in tal frangente risulterebbe sproporzionata *ex se*. Il ricorso allo *ius criminale* sarebbe viziato *ab origine*, e ciò si ripercuoterebbe poi nell'applicazione della pena al reo, la quale – a dispetto della sua natura o durata – risulterebbe inesorabilmente incompatibile con l'art. 49, § 3 della Carta.

4.2. Il principio di legalità (art. 49, par. 1 della Carta)

Un secondo profilo problematico, trattato da accorta dottrina¹⁰¹, inerisce la genericità del tenore letterale delle norme incriminatrici previste e punite dall'art. 1, § 1, lett. a della dir. 2002/90. Nel caso *Kinshasa*, a ben vedere, la questione si porrebbe, più nello specifico, in materia di *vaghezza definitoria delle condotte eventualmente coperte dalla “clausola umanitaria”*.

Si tratta di due facce della stessa medaglia: se le fattispecie criminose contenute nel “Pacchetto” risultano tipizzate in maniera indebitamente generica, ciò si deve anche alla conformazione vaga ed indistinta della discrezionale “clausola umanitaria” che dovrebbe fungere da limite all'utilizzo della leva penale.

Qui il parametro costituzionale europeo di riferimento è l'art. 49, § 1 della Carta, espressione del principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), la cui portata contenutistica minima va rinvenuta – attraverso la clausola di equivalenza dell'art. 52, § 3 della Carta – nell'art. 7 CEDU¹⁰². Secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, tale principio impone che «le disposizioni penali [rispettino] determinati requisiti di accessibilità e prevedibilità per quanto concerne sia la definizione del reato sia la determinazione della pena», di talché «le disposizioni dell'Unione

98. Potenzialmente emendabili tramite un intervento legislativo (che impedisca la repressione dei comportamenti umanitari) o, come è auspicabile che accada nel caso in commento, giurisprudenziale (che risulti nella preclusione agli Stati membri di punire siffatte condotte tramite l'imposizione dell'*obbligo* per questi ultimi di recepire la “clausola umanitaria”). V. *infra* § 6 per le prospettive *de iure condendo*.

99. C. Sotis, *I principi*, cit., p. 118.

100. V. *supra* nt. 74.

101. S. Zirulia, *Is That a Smuggler?*, cit., p. 263. Tenta una ricostruzione sistematica della clausola umanitaria prevista all'art. 12, co. 2 TU, A. Di Martino, *op. cit.*, p. 13 ss.

102. Corte giust., sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936, punto 53.

[definiscano] chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale»¹⁰³.

Questo profilo di analisi appare particolarmente significativo per il caso *Kinshasa*. Sebbene il giudice rimettente affermi di non avere la «pretesa (...) di voler (...) identificare il perimetro esterno della più ampia nozione di “assistenza umanitaria”»¹⁰⁴, appare chiaro che circoscrivere le condotte potenzialmente foriere di attivare la potestà punitiva statale è un elemento dirimente per rispondere ai quesiti posti dal giudice bolognese. Essi, infatti, essendo incentrati sulla definizione *in negativo* delle condotte da criminalizzare, chiamano direttamente in causa la delimitazione di quei comportamenti che siano «finalizzat[i] a prestare assistenza umanitaria allo straniero»¹⁰⁵ per poi escluderli dall'area del penalmente rilevante. Una volta ricavata la portata di siffatte condotte, esse dovrebbero essere ritenute consentite dall'ordinamento dell'Unione, secondo la persuasiva prospettiva del giudice rimettente. Indirettamente, quindi, appare plausibile che la Corte di Giustizia debba comunque pronunciarsi sulla definizione di «assistenza umanitaria» contenuta all'art. 1, § 2 della dir. 2002/90, quantomeno, si può ipotizzare, fornendo ai giudici nazionali alcuni indicatori utili a circoscriverne l'ambito.

Eppure, tale operazione ermeneutica appare estremamente complessa.

Anzitutto, non vi è traccia all'interno del “Pacchetto” di una definizione normativa di «assistenza umanitaria»¹⁰⁶. Nulla viene peraltro esplicito nei *Considerando* della dir. 2002/90 in tal senso¹⁰⁷. A fronte di questa «*vague and wide formulation*»¹⁰⁸ dell'esimente, si è parlato correttamente di «*flou des définitions*»¹⁰⁹ delle eccezioni umanitarie che, eventualmente, potrebbero essere ricomprese entro la fumosa cornice della “clausola”. Così, non risulta chiarito in maniera definitiva se, per esempio, l'ausilio prestato al familiare¹¹⁰ o l'agevolazione all'ingresso posta in essere nel contesto di attività di attivismo debbano, di per sé, rientrare in tale nozione. Nonostante si possa concordare con chi ha sottolineato che siffatta clausola «deve, necessariamente, ricomprendere i summenzionati diritti fondamentali»¹¹¹ – cioè quelli richiamati dal giudice bolognese nell'ordinanza di rimessione –, tale visione non trova attualmente una “sponda” solida nel testo del *Facilitators Package*, la cui censurabile vaghezza si è poi ripercossa *in parte qua* negli ordinamenti di quegli Stati

103. Così, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Tanchev, presentate il 2 febbraio 2017, nella causa C-102/16, *Vaditrans BVBA*, ECLI:EU:C:2017:82, § 72 e giurisprudenza *ivi* citata.

104. Ord. di rinvio, § 41.

105. Questa la formulazione finale dei due quesiti rimessi innanzi la Corte di Giustizia nel caso in esame.

106. J.E. Veas, *op. cit.*, p. 117.

107. Ciò contrariamente a quanto sostenuto al *Considerando* 3 della decisione quadro 2002/946, laddove si legge che «è essenziale pervenire ad un ravvicinamento delle disposizioni giuridiche vigenti, in particolare, da un lato, *la definizione precisa dell'illecito e delle relative circostanze esimenti* oggetto della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e, dall'altro, le regole minime per le sanzioni previste, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale, oggetto della presente decisione quadro» (enfasi aggiunta).

108. G. Mentasti, *op. cit.*, p. 524.

109. M. Du Jardin, *Solidarité en Europe*, cit., p. 526.

110. In Finlandia, ad esempio, finalità umanitarie e motivazioni di ordine familiare vengono distinte concettualmente (v. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti*, cit., p. 4).

111. M. Porchia, *op. cit.*, p. 5.

membri che hanno scelto di implementare la clausola nel proprio sistema¹¹². In questo frammentato mosaico definitorio, a farne le spese non sarebbe solo l'accuratezza della norma incriminatrice ex art. 1, § 1, lett. a, dir. 2002/90 ma anche, e in maniera dirimente, la prevedibilità nell'applicazione della stessa a livello domestico¹¹³.

In secondo luogo, va poi rimarcato che alla vaghezza definitoria della "clausola umanitaria" si accompagna la *facoltatività* della sua implementazione. Ciò impedisce, in termini concreti, di ricavare, con sufficiente certezza, la nozione di «favoreggiamento dell'immigrazione irregolare» contenuta nel *Facilitators Package*, a detrimento del principio di legalità protetto dalla Carta e della CEDU.

La combinazione di questi due fattori (vaghezza + facoltatività della "clausola") dà luogo ad una criminalizzazione "a geometria variabile" in seno all'Unione. Le frizioni con il principio di legalità sembrano allora essere diverse. Non solo, infatti, il "Pacchetto" permette che la medesima condotta di agevolazione all'ingresso sia criminalizzata in uno Stato e non in un altro; ma esso si spinge sino a permettere agli ordinamenti interni di categorizzare, come meglio ritengono e con la più ampia discrezionalità, la nozione di «assistenza umanitaria». Il risultato, allora, è che anche qualora più (od anche tutti gli) Stati membri introducessero una siffatta esimente, non sarebbe poi assicurato che il significato dell'espressione in esame sia il medesimo *erga omnes*. Appare evidente che tale approccio si traduce in una implementazione frammentata del "Pacchetto", a detrimento peraltro anche della sua concreta effettività¹¹⁴.

A rigore, gli attriti con l'art. 49, § 1 della Carta, così sinteticamente presentati, potrebbero essere difficilmente emendabili per via giurisprudenziale¹¹⁵. Infatti, ipotizzando che l'introduzione della "clausola umanitaria" fosse stata imposta agli Stati membri *sic et simpliciter*, le norme che avessero così implementato il "Pacchetto" negli ordinamenti interni sarebbero *comunque* risultate affette da biasimevole indeterminatezza. Anche qui il problema si pone "a monte" (diritto UE) e si ripercuote "a valle" (sistemi nazionali). Senza una definizione più precisa di «assistenza umanitaria»¹¹⁶, risulta impossibile di per sé garantire una trasposizione delle norme incriminatrici europee che circoscrivano l'area dei

112. Ci si potrebbe riferire all'ordinamento belga, ove l'art. 77, comma 1, della *Loi du 15 décembre 1980 portant sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, che punisce il reato di «*aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*», non si applica se l'aiuto all'ingresso «*est offerte pour des raisons principalement humanitaires*». È chiaro che a seconda dell'ampiezza da riconoscersi all'avverbio «*principalement*» si avrà una criminalizzazione dei comportamenti agevolatrici all'ingresso più o meno estesa. Si pensi al proprietario di mezzo di trasporto che richiede al cittadino di Paese terzo la corresponsione di una somma di denaro – che sia equa ed adeguata rispetto ai costi sopportati – per facilitarne l'ingresso sul territorio belga. Si potrebbe riconoscere, in tal caso, la finalità *principalmente* umanitaria del comportamento del trasportatore?

113. Nel tentare di ricostruire ermeneuticamente il significato di «assistenza umanitaria», la Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti*, cit., ribadisce, da un lato, che «l'assistenza umanitaria *obbligatoria per legge* non può e non deve essere qualificata come reato» (corsivo aggiunto) e, dall'altro, che «la criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono *operazioni di ricerca e soccorso* nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce una violazione del diritto internazionale» (corsivo aggiunto). Sebbene si tratti di affermazioni condivisibili, è evidente che la suddetta Comunicazione non tiene conto, ad esempio, dell'aiuto prestato ai familiari o alle condotte di attivismo o solidarietà prestate al di fuori delle ipotesi citate.

114. M.J. Santiago, *op. cit.*, p. 175.

115. Parla criticamente di «*structural flaw in the EU definition of the offence of facilitation that cannot be remedied at the level of the interpretation, but only through a legislative revision*», A. Marletta, *op. cit.*, che censura altresì l'utilizzo di clausole opzionali negli strumenti di diritto penale europeo.

116. Si ha, come è stato efficacemente sintetizzato, un «*manque de clarté de dispositions en matière de pénalisation de l'aide au séjour irrégulier, avec l'équilibre à trouver entre la vie privée et familiale et la lutte contre l'immigration irrégulière*» (M. Du Jardin, *Solidarité en Europe*, cit., p. 522).

comportamenti penalmente rilevanti in accordo con l'idea che, all'interno dello Spazio di Sicurezza, Libertà e Giustizia, i cittadini europei debbano godere di un «*minimum climate of legal certainty*»¹¹⁷.

Il discorso è valido anche seguendo la prospettiva inversa. Quandanche la clausola fosse circoscritta adeguatamente, il principio di legalità risulterebbe comunque trascurato, alla luce della discrezionalità concessa agli Stati membri nell'implementarla o meno nei propri ordinamenti.

Per uscire dall'*impasse*, sembra plausibile ritenere che la Corte di Giustizia possa riportare tale fattispecie incriminatrice nell'alveo dell'art. 49, § 1 della Carta. Ci sarebbe, in altre parole, la possibilità per i giudici di Lussemburgo di tentare un'operazione interpretativa, nei seguenti termini. Anzitutto, chiarendo la *portata contenutistica* della "clausola umanitaria", modellandone *casu e modi* di applicazione ed identificando un elenco esaustivo di condotte da ritenersi penalmente non rilevanti. Si tratterebbe, quantomeno, di quei comportamenti sorretti da una finalità solidaristica, scevri da qualsiasi fine lucrativo ed in rapporto strumentale con i diritti fondamentali menzionati dal giudice rimettente. In seguito, andrebbe precisato dalla Corte di Giustizia che la clausola in esame va recepita *obbligatoriamente* dagli Stati membri. Ciò al fine di delimitare, con sufficiente sicurezza, le condotte proibite, in modo uniforme ed omogeneo entro l'ordinamento eurounitario.

5. Una sintesi dei possibili epiloghi

Considerata la molteplicità dei valori "in gioco" nel caso *Kinshasa*, la Corte di Giustizia potrà potenzialmente adottare diversi fuochi prospettici per rispondere alle due questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Bologna. La sensazione, quantomeno a prima vista, è quella di una "partita" che pare essere apertissima. Le Conclusioni dell'Avvocato generale che saranno depositate nei prossimi mesi forniranno un'utile chiave di lettura per comprendere quale potrebbe essere l'esito del procedimento, secondo un primo orientamento.

Adotterebbe una posizione "coraggiosa" quella Corte che accogliesse la linea argomentativa del giudice bolognese. L'effetto, a quel punto, sarebbe dirompente: la criminalizzazione tipizzata dal *Facilitators Package* – e, "a cascata", quella ex art. 12 TU – sarebbe incompatibile con l'art. 52, § 1 della Carta nella parte in cui non prevede l'obbligo, gravante sugli Stati membri, di escludere la responsabilità penale di chi pone in essere condotte di favoreggiamento all'ingresso per fini di assistenza umanitaria¹¹⁸. Sul punto sarebbe allora opportuno che la Corte, richiamando *ex officio* l'art. 49, § 1 della Carta, identificasse il significato della "clausola umanitaria", precludendo la repressione dei comportamenti solidaristici a livello eurounitario.

Al medesimo risultato, come si è già argomentato, si potrebbe addivenire utilizzando il parametro dell'art. 83, § 2 TFUE, che impedirebbe la criminalizzazione della solidarietà in quanto incongruente con il rispetto del principio di necessità/indispensabilità della pena.

A voler dar brevemente conto di un ulteriore possibile epilogo, la Corte potrebbe abbracciare una posizione più "timida" rispetto a quelle sin qui delineate, valorizzando gli orientamenti già espressi dalla Commissione sul *Facilitators Package* nel 2020. In estrema

117. C. Peristeridou, *The Principle of Legality in European Criminal Law*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 294. Inoltre, l'A. sottolinea che «*the European legality principle must ensure that national norms that implement European instruments communicate criminal liability in a foreseeable manner*».

118. Ciò implicherebbe la violazione susseguente dell'art. 49, § 3 della Carta (v. *supra* § 4.1).

sintesi, nel rispondere ai quesiti sollevati dal giudice rimettente, i giudici lussemburghesi potrebbero focalizzarsi sull'ambito di applicazione della dir. 2002/90, sostenendo, nello specifico che «l'articolo 1 della direttiva sul favoreggiamento, quando qualifica come reato il favoreggiamento dell'ingresso e del transito illegali, lasciando agli Stati membri la facoltà di non adottare sanzioni nei casi in cui i comportamenti in questione abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria, *non si riferisce all'assistenza umanitaria obbligatoria per legge, in quanto essa non può essere qualificata come reato*»¹¹⁹. Sebbene si riferisca «in particolare»¹²⁰ alle attività di soccorso in mare, l'orientamento della Commissione potrebbe fungere da chiave interpretativa dell'art. 1, § 1, lett. a, dir. 2002/90, per escludere, dal proprio ambito di applicazione, altri comportamenti obbligatori “per legge” (*lato sensu* intesa), quale potrebbe essere l'assistenza ai figli minorenni per l'esercizio concreto – impedito nel proprio Paese d'origine – dei diritti fondamentali (ad es., il diritto di asilo, alla vita ecc.), come avvenuto nel caso *Kinshasa*.

Infine, la Corte di Giustizia potrebbe rispondere negativamente ai quesiti sollevati dal Tribunale di Bologna; ritenendo, cioè, che la Carta non osti al *Facilitators Package* e alle scelte incriminatrici del legislatore italiano ad esso riconnesse.

6. «Sentinella, a che punto è la notte?»¹²¹

Per le sue implicazioni capaci di travalicare il caso concreto, la decisione della Corte di Giustizia nella causa *Kinshasa* potrà rappresentare una pietra miliare per il diritto dell'immigrazione europeo. Essa eserciterà verosimilmente una certa influenza sull'approccio legislativo – e, soprattutto, politico – che il legislatore eurounitario adotterà nei prossimi anni in materia di “criminalizzazione della solidarietà”.

Se la sentenza è già ora particolarmente attesa, va ricordato per completezza che numerosi studiosi hanno da tempo sostenuto la necessità di un intervento riformatore dell'intero “Pacchetto” che rendesse il favoreggiamento all'ingresso – sia a livello sovranazionale che a livello domestico – un reato a dolo specifico con la contestuale previsione obbligatoria di una scriminante umanitaria in tutti gli Stati membri¹²².

Parzialmente ispirata da tali autorevoli riflessioni, la Commissione europea ha presentato una recentissima proposta di direttiva in materia di favoreggiamento

119. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti*, cit., p. 6.

120. *Ibid.*

121. Isaia, 21, 11.

122. Per via legislativa, la soluzione è vista con favore, in particolare, da S. Zirulia, *Is That a Smuggler?*, cit., p. 258; M.J. Santiago, *op. cit.*, p. 184; K. Arrouche, A. Fallone, L. Vosyliūtė, *op. cit.*, p. 14. Gli A. sostengono la necessità di introdurre lo “scopo di lucro” come elemento costitutivo della fattispecie di favoreggiamento all'ingresso, unitamente all'introduzione di una “clausola umanitaria” obbligatoria da recepirsi in tutti gli Stati membri. Più timidamente, sembrano propendere per questo approccio anche A. Spena, *op. cit.*, p. 163 e, più di recente, M. Porchia, *op. cit.*, p. 7. Per altre proposte *de iure condendo*, cfr. C.M. Ricci, *op. cit.*, pp. 53 e 55 (secondo cui l'introduzione dello scopo di lucro come elemento costitutivo del reato in analisi sarebbe sufficiente a delimitare, in maniera appropriata, le condotte penalmente rilevanti) e M. Ferrara, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di criminalizzazione dell'assistenza umanitaria ai migranti irregolari: dalla Direttiva 2002/90/CE del Consiglio al nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2021, *Special issue*, pp. 177-178 (che auspica il «promovimento di un rinvio pregiudiziale innanzi la Corte di Giustizia che produca il risultato di adeguare in via giurisprudenziale la normativa dell'Unione europea sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina agli obblighi di soccorso in mare previsti dal diritto internazionale generale»).

dell'immigrazione clandestina¹²³. Una breve analisi delle principali novità in essa contenute permetterà di evidenziare il valore aggiunto che la sentenza nel caso *Kinshasa* potrà, in ogni caso, apportare all'ordinamento dell'Unione.

Adottata ai sensi dell'art. 83, § 2 TFUE¹²⁴, la Proposta si focalizza sulla repressione del favoreggiamento dell'ingresso, il transito e la permanenza sul territorio dell'Unione, in quanto «*criminal activities that put human life in danger and disrespect the dignity of the people for the purpose of obtaining high profits, undermining fundamental rights*»¹²⁵. Già nella definizione della condotta proibita, si nota un cambio di paradigma rispetto alle norme attualmente in vigore: si fa riferimento espresso all'animus che orienterebbe tali attività criminose, quello, cioè, di ottenere un determinato profitto ponendo in pericolo la vita e la dignità dei migranti "trafficati". Un approccio che pare più in linea con l'impostazione professata a livello internazionale e che permette di focalizzarsi sul primo elemento di novità della Proposta: il favoreggiamento all'ingresso diventa *reato a dolo specifico*¹²⁶. Viene consentita la criminalizzazione delle condotte senza fine lucrativo solamente in una specifica circostanza, ovverosia, quando vi è un'alta probabilità che tale comportamento causi un «*serious harm to a person*». All'infuori di tali circostanze, la condotta in esame non dovrebbe essere penalmente rilevante.

In secondo luogo, *scompare la "clausola umanitaria"*. La Commissione propone di abbandonare – giustamente, verrebbe da dire – il sistema a implementazione facoltativo del "Pacchetto". L'inserimento dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici è stato probabilmente ritenuto il modo migliore per far "dormire sogni tranquilli" a chi aveva espresso le sue preoccupazioni in merito alla crescente "criminalizzazione della solidarietà" in Europa. Eppure, il legislatore europeo dimostra di possedere una maggiore consapevolezza del problema rispetto al passato. Al *Considerando* 7 della Proposta, che conviene richiamare per intero, si legge che:

«it is appropriate to provide for criminal liability where there is a link to a financial or material benefit, or where migrants are highly likely to be subjected to serious harm. These elements will usually not be fulfilled when it comes to assistance among family members or the provision of humanitarian assistance or the support of basic human needs. Third-country nationals should not become criminally liable for having been the subject to such criminal offences. Moreover, it is not the purpose of this Directive to criminalise, on the one hand, assistance provided to family members and, on the other hand, humanitarian assistance or the support of basic human needs provided to third-country nationals in compliance with legal obligations».

Da tale passaggio possono ricavarsi almeno due corollari. In primo luogo, tra le condotte scriminate, la Commissione menziona: (i) l'assistenza prestata ai membri della famiglia; (ii)

123. Si tratta della *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down minimum rules to prevent and counter the facilitation of unauthorised entry, transit and stay in the Union, and replacing Council Directive 2002/90/EC and Council Framework Decision 2002/946 JHA*, COM(2023) 755 final, presentata il 28 novembre 2023 dalla Commissione europea, disponibile al seguente url: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0755> (di seguito, per brevità, «la Proposta»). Al gennaio 2023, la Proposta è disponibile solo in lingua inglese.

124. Cfr. V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration*, cit., pp. 44-45, secondo cui l'art. 83, § 1 TFUE costituirebbe la base legale più appropriata per siffatto provvedimento.

125. V. la Proposta, *Considerando* 1.

126. *Ivi*, *Considerando* 6 e art. 3, n. 1, lett. a. Con le parole del legislatore europeo: «*assistance of unauthorised entry, transit or stay in the Union should constitute a criminal offence when there is a link with an actual or a promised financial or material benefit*».

l'assistenza umanitaria; e (iii) il provvedere ai bisogni primari dell'essere umano. Se è vero che tali circostanze *non sono definite* e potrebbero anche sovrapporsi nelle varie ipotesi di favoreggiamento all'ingresso (si pensi, ad es., al secondo e al terzo caso), va tuttavia applaudito l'approccio pragmatico della Commissione che, rispetto alla formulazione generica della "clausola" contenuta nel "Pacchetto", include espressamente sia le condotte poste in essere per agevolare l'ingresso dei familiari (come quella occorsa nel caso *Kinshasa*), sia l'azione di chi presta il proprio aiuto a sostegno dei bisogni primari degli esseri umani (tra cui pare potersi includere il diritto alla vita, all'integrità fisica e, in ragione dei suoi presupposti, anche il diritto all'asilo)¹²⁷. In secondo luogo, la Commissione è ancora più esplicita nell'affermare, senza alcuna possibilità di incertezze interpretative, che *la Proposta non intende reprimere penalmente i comportamenti ivi menzionati*. In tal senso, il contenuto della Proposta risulta chiaro *in parte qua*, comprensibile ed in conformità con il principio di legalità *ex art. 49, § 1 della Carta*.

Per concludere, alla luce di questi elementi innovativi, si potrebbe anche arrivare a pensare che il caso *Kinshasa* – nonostante, allo stato degli atti, possa rappresentare un'occasione preziosa di ricalibrare gli obblighi di "criminalizzazione della solidarietà" in capo agli Stati membri – diventerebbe poi obsoleto una volta approvata la Proposta. Ma le cose stanno davvero così?

Certo, l'inserimento del dolo specifico di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie di favoreggiamento all'ingresso potrà fungere da meccanismo efficace per evitare indagini e/o condanne agli attori solidaristici¹²⁸. Ma nulla vieterebbe, di per sé, di ritenere finalizzata ad un vantaggio economico la condotta di chi aiuta gli stranieri a fare ingresso sul territorio dell'Unione in cambio di un equo compenso. Siffatti comportamenti, infatti, potrebbero non rientrare, di regola, all'interno della triade di azioni scriminate menzionate al *Considerando 7*. Si riprenda l'esempio dell'autista che pretende la corresponsione di eque somme di denaro, per coprire i costi di viaggio, per il trasporto degli stranieri da uno Stato membro all'altro.

Ecco allora che emergerebbe la straordinaria importanza del giudizio *Kinshasa*. Poiché la richiesta di denaro (o altro beneficio) non implica *automaticamente* che il servizio prestato sia privo di qualsiasi fine umanitario¹²⁹, la Corte di Giustizia – nel circoscrivere adeguatamente la nozione di «assistenza umanitaria» – potrebbe affermare che la repressione penale dei comportamenti volti ad agevolare l'interessato nell'esercizio dei suoi diritti fondamentali risulta incompatibile con l'art. 52, § 1 della Carta, quandanche il facilitatore abbia ottenuto un qualsivoglia "beneficio" (che, però, non rappresenterebbe il fine dell'azione stessa, bensì il mero rimborso per le attività – quelle sì, con finalità umanitaria – poste in essere in favore dello straniero).

Così, alla «luminosa opera della Corte di giustizia»¹³⁰, si potrebbe associare il "nuovo corso" legislativo inaugurato con la recente Proposta patrocinata dalla Commissione,

127. Qualche perplessità, tuttavia, permane in relazione al passaggio finale del *Considerando*, laddove si legge che la criminalizzazione delle condotte di assistenza familiare, di assistenza umanitaria, e di chi provvede ai bisogni primari dell'essere umano «*in compliance with legal obligations*» non rientra tra gli scopi della Proposta. La portata di quest'ultima espressione – assente nel primo periodo, e che parrebbe restringere l'ambito delle condotte scriminate – dovrebbe essere chiarita in sede di procedura legislativa ordinaria.

128. Già K. Arrouche, A. Fallone, L. Vosyliūtė, *op. cit.*, p. 5 sottolineavano enfaticamente l'esigenza di un «*firewall*» in tal senso.

129. S. Zirulia, *Is That a Smuggler?*, cit., p. 258.

130. Riprendo l'efficace espressione da C. Sotis, *I principi*, cit., p. 111.

portando così progressivamente a conclusione la stagione della criminalizzazione della solidarietà in Europa.