

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 1/2026

### IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE SOTTO LALENTE DELLA PROPORZIONALITÀ. NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 3 GIUGNO 2025, *KINSA*

di Stefano Zirulia

**Abstract:** *Con la sentenza Kinsa, la Grande Camera della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, per la prima volta, sulla validità e sull'interpretazione, al metro della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, degli obblighi europei di criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. La pronuncia trae origine dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bologna nel procedimento a carico di una richiedente asilo che aveva tentato di fare ingresso in Italia insieme alla figlia e alla nipote minorenni, esibendo documenti contraffatti. La Corte europea ha escluso che l'accompagnamento del minore affidato rientri nella nozione di favoreggiamento di cui all'art. 1 della Direttiva 2002/90/CE, interpretato alla luce del diritto al rispetto della vita familiare, dell'interesse superiore del minore e del diritto d'asilo. La pronuncia ha dunque esteso il sindacato di proporzionalità basato sull'art. 52, par. 1 della Carta alle scelte di criminalizzazione, contestualmente riconoscendo al giudice nazionale il potere di disapplicare la norma penale interna eventualmente contrastante. Il contributo, dopo avere ricostruito il quadro normativo europeo e nazionale relativo al contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, illustra le posizioni del giudice rimettente, dell'Avvocato generale e della Corte di giustizia; quindi, analizza le ricadute della sentenza sul caso a quo e sui casi analoghi; infine, si sofferma sulle implicazioni sistematiche del caso Kinsa, anche in prospettiva di riforma del Facilitators package.*

**Abstract:** *In Kinsa, the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union ruled, for the first time, on the validity and interpretation – in the light of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – of the EU obligations to criminalise the facilitation of irregular immigration. The judgment originated from a request for a preliminary ruling submitted by the Tribunal of Bologna in a criminal proceeding against an asylum seeker who had attempted to enter Italy together with her daughter and minor niece by presenting forged documents. The Court held that the act of accompanying a minor entrusted to one's care does not fall within the notion of facilitation under Article 1 of Directive 2002/90/EC, as interpreted in the light of the right to respect for family life, the best interests of the child, and the right to asylum. The ruling thus extends proportionality review under Article 52(1) of the Charter to legislative choices of criminalisation, while simultaneously recognising the power of national courts to disapply domestic criminal provisions that are incompatible with the Charter. The paper first reconstructs the European and domestic legal framework on the criminalisation of the facilitation of irregular immigration; it then examines the positions adopted by the referring court, the Advocate General, and the Court of Justice; finally, it analyses the implications of the judgment for the case at hand and for analogous cases, and reflects on its broader systemic significance, including the ongoing reform of the Facilitators Package.*

# IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE SOTTO LALENTE DELLA PROPORZIONALITÀ. NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZIONE, 3 GIUGNO 2025, *KINSA*

---

di Stefano Zirulia\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sovra-criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in Europa. – 3. Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bologna. – 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale. – 5. La sentenza della Corte di giustizia. – 6. Le ricadute della sentenza *Kinsa* sul procedimento *a quo* e sulle condanne definitive per casi analoghi. – 7. La proporzionalità come limite alle scelte di criminalizzazione. – 7.1. Il sindacato di proporzionalità nel caso *Kinsa*: l'oggetto. – 7.2. (segue): la struttura. – 7.3. (segue): i rimedi. – 8. Oltre il caso *Kinsa*: la rilevanza della sentenza della Corte di giustizia per altri casi di criminalizzazione della solidarietà. – 8.1. Ulteriori situazioni di favoreggiamento tra familiari. – 8.2. Soccorso di migranti in pericolo. – 8.3. Assistenza ai richiedenti asilo. – 9. (segue): La rilevanza della sentenza della Corte di giustizia per la riforma del *Facilitators package*. – 10. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare come delitto *disfunzionale* alla protezione delle frontiere. Una proposta abolizionista. – 11. Una disciplina sotto scacco. Rilievi conclusivi.

## 1. Introduzione

Con la sentenza in commento<sup>1</sup>, resa a seguito di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bologna<sup>2</sup>, la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulle due questioni inedite: da un lato, la validità e l'interpretazione degli obblighi europei di criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (c.d. *Facilitators' package*), alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti indicata anche con l'acronimo CDF); dall'altro lato, l'ostatività della medesima Carta alle norme penali italiane che quegli obblighi di criminalizzazione fedelmente traspongono nel nostro ordinamento (art. 12 TU imm.).

La vicenda riguardava l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare elevata nei confronti di una richiedente asilo congolese che aveva tentato di entrare nel territorio italiano insieme alla figlia e alla nipote minorenni, esibendo passaporti contraffatti alla frontiera aeroportuale. Pur restringendo, come vedremo, la portata del quesito pregiudiziale, e in particolare sottraendosi alla richiesta di valutare la legittimità della criminalizzazione della solidarietà in senso lato, la Corte europea ha sostanzialmente accolto le censure formulate dal Tribunale rimettente in punto di incompatibilità tra la

---

\* Professore associato di diritto penale presso l'Università statale di Milano.

1. CGUE, Grande Sezione, 3 giugno 2025, *Kinsa*, C-460/23. Tra i primi commenti: S. Peers, *A candle in the dark: the CJEU rules against criminalising parents for smuggling their children*, in *EU Law Analysis*, 3.6.2025; M. Grundler, *The CJEU's Judgment in Kinsa: A Big Win - But for Whom?*, in *RLI blog on Refugee Law and Forced Migration*, 12.6.2025; M. Rocca, *In the End... Who Cares?*, in *Verfassungsblog*, 30.6.2025; V. Mitsilegas, *Decriminalising the Facilitation of Unauthorised Entry in EU Law: Kinsa as a first step?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2025, n. 27, p. 329-341; nonché, volendo, S. Zirulia, *Per la Corte di giustizia UE la Carta dei diritti fondamentali osta alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare del figlio minorenne o di altri minori di cui l'agente è affidatario*, in *Sistema penale*, 2025, fasc. 6, pp. 165-172; Id., *The Legacy of Kinsa*, in *Verfassungsblog*, 26.6.2025.

2. Trib. Bologna, ord. 17 luglio 2023, in *Sistema penale*, 31.7.2023. Per un articolato commento, v. L. Bernardini, *Il delitto di solidarietà davanti alla Corte di giustizia: il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee*, in questa *Rivista*, n. 1.2024 p. 1 ss.

criminalizzazione di una condotta come quella di specie e il principio di proporzionalità dettato dall'art. 52, par. 1 CDF, letto congiuntamente al diritto al rispetto della vita familiare e ai diritti dei minori, rispettivamente tutelati dagli artt. 7 e 24 CDF<sup>3</sup>.

Il presente lavoro si apre con una panoramica sulla disciplina, europea e nazionale, relativa al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, allo scopo di inquadrare il contesto normativo nel quale la pronuncia della Corte di giustizia si inserisce (par. 2). Successivamente, l'attenzione viene rivolta ai profili di (in)compatibilità tra quella disciplina e il principio di proporzionalità, ripercorrendo, in ordine cronologico, le posizioni del giudice rimettente (par. 3), dell'avvocato generale (par. 4) e infine della Corte di Lussemburgo (par. 5). L'analisi prosegue esaminando l'impatto della pronuncia nel caso *a quo* e, astrattamente, in casi analoghi già oggetto di sentenza di condanna definitiva (par. 6). Quindi, allargando lo sguardo oltre al caso di specie, premesse alcune osservazioni a proposito del sindacato di proporzionalità basato sull'art. 52, par. 1 CDF (par. 7), si esamina il possibile impatto della sentenza *Kinsa* tanto su altre manifestazioni della criminalizzazione della solidarietà *de jure condito* (par. 8); quanto sulla riforma in atto del *Facilitators package*, oggetto di negoziati proprio nel momento in cui si scrive (par. 9). Sempre in prospettiva *de jure condendo*, e tenuto conto sia dei limiti alla discrezionalità legislativa imposti dal principio di proporzionalità, sia dei profili di inefficacia della disciplina vigente, si propone l'abolizione della figura base di favoreggiamento dell'ingresso irregolare mediante la riformulazione della norma incriminatrice in funzione repressiva dei soli fenomeni più gravi di traffico di migranti (par. 10). Ai rilievi conclusivi è affidato un sintetico bilancio sul significato e la portata della sentenza esaminata (par. 11).

## 2. La sovra-criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in Europa

A livello globale, l'interesse per la cooperazione finalizzata alla repressione del traffico dei migranti inizia a svilupparsi nell'ultimo decennio del ventesimo secolo, in un contesto caratterizzato dall'aumento della pressione migratoria, dall'adozione di meccanismi di controllo delle frontiere sempre più rigidi e dal conseguente fiorire del mercato nero della mobilità, in molti casi accompagnato da forme di sfruttamento della vulnerabilità delle persone in movimento<sup>4</sup>. Pionieristica, in questo senso, la Convenzione sull'accordo di Schengen, entrata in vigore nel 1995, che obbligava le parti contraenti a stabilire "sanzioni appropriate" nei confronti di chiunque aiutasse, "a scopo di lucro", uno o più stranieri a entrare o soggiornare irregolarmente nel loro territorio (art. 27, par. 1). Pochi anni dopo, il Protocollo per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria<sup>5</sup> – siglato a Palermo nel 2000 e attualmente ratificato da oltre 150 Stati – introduceva l'obbligo di

3. Si riporta per esteso il dispositivo della sentenza: «L'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, letto alla luce degli articoli 7 e 24 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che: da un lato, non rientra nei comportamenti illeciti di favoreggiamento dell'ingresso illegale la condotta di una persona che, in violazione del regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, fa entrare nel territorio di uno Stato membro minori cittadini di Paesi terzi che l'accompagnano e di cui è effettivamente affidataria e dall'altro lato, che tali articoli ostano una normativa nazionale che sanziona penalmente una siffatta condotta».

4. Per un inquadramento, v. gli scritti raccolti in D. Kyle, R. Koslowski (eds.), *Global Human Smuggling. Comparative perspectives*, The Johns Hopkins University Press, 2001.

5. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adottato mediante risoluzione dell'Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000 ed entrato in vigore il 28 gennaio 2004.

sanzionare penalmente lo “*smuggling of migrants*” (art. 6), fenomeno a sua volta definito dal medesimo Protocollo come l’attività di chi procura l’ingresso irregolare di stranieri “*in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit*” (art. 3). Entrambi gli strumenti, dunque, avevano come *target* le sole condotte agevolatrici animate dalla finalità di ricavare un profitto. Una scelta di fondo ispirata, come si apprende dai lavori preparatori del Protocollo, dall’obiettivo di non criminalizzare le azioni umanitarie o basate su legami familiari<sup>6</sup>.

Il sovvertimento di questa scelta di fondo da parte delle norme europee sulle quali, a distanza di oltre vent’anni, si è pronunciata la Corte di giustizia con la sentenza in commento, rappresenta il vero punto di partenza del nostro discorso. È infatti in quel preciso momento che il legislatore europeo, smarrendo la bussola politico-criminale che lo aveva guidato fino a quel momento, ha posto le premesse normative per quella che sarebbe stata – e che in parte è tuttora – la stagione della criminalizzazione della solidarietà nei confronti degli *undocumented migrants*<sup>7</sup>.

Sul finire del 2002, in un clima di diffusa paura verosimilmente ancora condizionato dagli attentati dell’11 settembre 2001, che la retorica della “*war on terror*” aveva strumentalmente inquadrato nei funesti scenari dello scontro tra civiltà, venivano emanate una Direttiva e una Decisione quadro finalizzate al contrasto del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno irregolari<sup>8</sup>. Testi brevi, di poche pagine ciascuno, destinati tuttavia a condizionare in maniera decisiva le leggi e le pratiche di contrasto all’immigrazione irregolare negli anni a venire. L’art. 1 della Direttiva recava infatti una innovativa nozione di “favoreggiamento dell’immigrazione irregolare”, il cui tratto saliente era, appunto, l’essere svincolata dalla finalità di profitto. Più precisamente, mentre tale finalità continuava a rappresentare un elemento costitutivo del favoreggiamento del *soggiorno* irregolare (art. 1, par. 1, lett. b), al contrario veniva esclusa dalla definizione di favoreggiamento dell’*ingresso* e del *transito* irregolari (art. 1, par. 1, lett. a). Con il risultato – questo il punto – di marciare come illecito non solo il mercato nero della clandestinità, bensì qualunque forma di agevolazione di movimenti irregolari di stranieri nello spazio europeo, a prescindere dalla finalità di volta in volta perseguita dal facilitatore. Dal canto suo, la Decisione quadro 2002/946/GAI si limitava, in linea con le prerogative all’epoca concesse ai soli strumenti di c.d. terzo pilastro, a introdurre l’obbligo di elevare il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, come definito dalla Direttiva, a illecito di natura *penale*, nonché a prevedere alcune norme sul trattamento sanzionatorio, incluso l’obbligo di approntare meccanismi sanzionatori anche per le persone giuridiche.

A fronte dell’ampio perimetro di illiceità così tracciato, il “*Facilitators package*” – così è stato presto ribattezzata la combinazione tra la Direttiva e la Decisione quadro – non prevedeva alcun obbligo di introdurre norme esimenti per i facilitatori – come singoli o inseriti nel quadro di organizzazioni non governative – mossi da finalità umanitarie, altruistiche o di assistenza familiare. La scelta se introdurre o meno disposizioni di tal fatta

6. Cfr. UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 2006, in [www.unodc.org](http://www.unodc.org), p. 469.

7. L’espressione, oggi ampiamente utilizzata a livello accademico, politico e mediatico, compare in un rapporto pubblicato nel 2009 dall’Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l’Homme intitolato *Délit de solidarité: Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants* ([www.fidh.org/IMG/pdf/obsfra11062009.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/obsfra11062009.pdf)).

8. Rispettivamente: Direttiva 2002/90/CE, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali; Decisione quadro 2002/946/GAI, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

era infatti rimessa alla discrezionalità degli Stati membri (art. 1, par. 2 della Direttiva), e dunque in ultima analisi consegnata alle loro politiche di protezione delle frontiere, con esiti ampiamente prevedibili. In nome della lotta al traffico di migranti e di esseri umani – concetti sulla carta ben distinti, ma spesso empiricamente intrecciati e talvolta strumentalmente sovrapposti dai decisori politici<sup>9</sup> – tutti gli Stati europei si sono dotati, nel corso degli anni, di discipline attuative del *Facilitators package*; pochissimi le hanno corredate di esimenti umanitarie<sup>10</sup>. Paradigmatica, sotto questo profilo, la disciplina italiana, vigente sin dal 1998 e poi a più riprese oggetto di modifiche volte principalmente a inasprire il trattamento sanzionatorio, che *i)* eleva a reato qualunque atto diretto a procurare un ingresso irregolare (art. 12, comma 1 TU imm.); *ii)* considera lo scopo di lucro o di sfruttamento mere circostanze aggravanti (art. 12, comma 3-ter); *iii)* prevede una causa di giustificazione umanitaria soltanto a beneficio di chi aiuti stranieri irregolari *già presenti* sul territorio nazionale (art. 12, comma 2)<sup>11</sup>; *iv)* estende la responsabilità, in alcune ipotesi, alle persone giuridiche (art. 25-duodecies, d.lgs. 231/2001).

Sebbene tale quadro normativo sia stato bersaglio di corali critiche da parte di studiosi e osservatori istituzionali<sup>12</sup>, con toni sempre più aspri a mano a mano che gli effetti concreti della *overcriminalisation* emergevano in maniera più sconcertante<sup>13</sup> – basti pensare alla criminalizzazione dei soccorsi in mare<sup>14</sup> e più in generale al clima di ostilità venutosi a creare in tutta Europa nei confronti delle organizzazioni umanitarie<sup>15</sup> – a lungo i legislatori nazionali ed europeo si sono mostrati sordi a qualunque istanza riformatrice.

---

9. Sulle complesse intersezioni tra *migrant smuggling* e *human trafficking*, cfr. V. Militello, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 86-108; M. Grundler, *Who Is the "Vulnerable" Victim? Trafficked and Smuggled Persons as Victims of Crime Under EU Law*, in N. Vavoula, E. Tsourdi, V. Mitsilegas (eds.), *Intertwining Criminal Justice and Immigration Control in the EU*, Routledge, 2025, p. 87 ss.; G. Sanchez, *The Facilitation Proposal: Assessing the EU's response to the smuggling of migrants*, in *European Policy Analysis*, March 2025, [www.sieps.se](http://www.sieps.se), pp. 3-4. Per un recente inquadramento del *migrant smuggling* sul piano empirico, cfr. Mixed Migration Centre, *How smuggling really works: drivers, operations, and impacts*, 2025.

10. Per un'analisi di taglio comparatistico delle discipline nazionali attuative del *Facilitators Package*, v. A. Spina, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. Militello, A. Spina, A. Mangiarcina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Giappichelli, 2019, pp. 154-161.

11. Per un quadro d'insieme della disciplina dettata dall'art. 12 TU imm. e della relativa casistica giurisprudenziale, sia consentito rinviare a S. Zirulia, *I reati di agevolazione dell'immigrazione irregolare*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, Lefebvre Giuffrè, 2026, pp. 315-366.

12. Cfr., *ex multis*, UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, *Response to the proposal by the European Commission for a Directive to update the Facilitators Package*, February 2024; EU Fundamental Rights Agency, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 2014; S. Carrera et al., *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, Study for the LIBE Committee, 2016.

13. Cfr., anzitutto, l'aggiornamento al report citato alla nota precedente, S. Carrera et al., *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update*, Study requested by the PETI Committee, 2018, pp. 59-87. Ulteriori evidenze di fenomeni di criminalizzazione della solidarietà sono riportate, da ultimo, nel Rapporto *Criminalisation of migration and solidarity in the EU*, a cura del PICUM, rilasciato nel marzo 2025.

14. Sul tema, v. L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi*, n. speciale 2/2019, pp. 18-43.

15. S. Carrera, V. Mitsilegas, J. Allsopp, L. Vosyliute, *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Hart, 2020; M. Minetti, *From Prevention to Repression: Penal Populism and the Changing Paradigm of Criminal Law to Counter Irregular Migration and Humanitarian Assistance*, in N. Vavoula, E. Tsourdi, V. Mitsilegas (eds.), *Intertwining Criminal Justice and Immigration Control in the EU*, cit., p. 221 ss.

È in questo scenario di sostanziale immobilità che irrompe il caso *Kinsa*, generato da un rinvio pregiudiziale sul quale ci si soffermerà nell'immediato prosieguo.

### 3. Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bologna

Nell'estate 2023 il Tribunale di Bologna rimetteva alla Corte di giustizia dell'Unione europea due questioni pregiudiziali: la prima relativa alla validità e all'interpretazione del *Facilitators package* al metro del principio di proporzionalità dettato dall'art. 52, par. 1 CDF; la seconda relativa all'eventuale ostatività del medesimo principio rispetto alla disciplina dettata dall'art. 12, commi 1 e 2 TU imm.<sup>16</sup>.

Come già accennato in apertura del presente lavoro, imputata nel procedimento *a quo* era una richiedente asilo congolese che aveva tentato di introdurre irregolarmente nel territorio italiano la figlia e la nipote minorenni, esibendo passaporti falsi alla frontiera aeroportuale. In relazione a tali condotte era stata tratta in arresto con le accuse di possesso di documenti di identificazione falsi (art. 497-*bis* c.p.), nonché, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, aggravato dall'utilizzo di documenti contraffatti e di servizi internazionali di trasporto (art. 12, commi 1 e 3, lett. *d*) TU imm.).

Il processo aveva già una prima battuta d'arresto quando il Collegio giudicante aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio previsto per le due menzionate circostanze aggravanti. I giudici delle leggi avevano accolto le censure del rimettente, osservando come le aggravanti in questione non riflettessero, a differenza di altre circostanze previste dal medesimo art. 12, comma 3 TU imm., alcun *surplus* di disvalore tale da giustificare il passaggio dalla cornice edittale prevista per la fattispecie base di cui al comma 1 (all'epoca, da 1 a 5 anni di reclusione) a quella, decisamente più severa, prevista per la fattispecie aggravata di cui al comma 3 (da 5 a 15 anni)<sup>17</sup>.

Cadute le aggravanti, il fascicolo veniva riassegnato al Tribunale monocratico, che pure decideva di sospendere il procedimento al fine di interpellare, questa volta, i giudici di Lussemburgo, con riguardo alla proporzionalità (non più delle pene, bensì) *delle scelte di criminalizzazione* sottese al reato. Ricalcando una tesi prospettata in dottrina<sup>18</sup>, il primo quesito chiedeva alla Corte di giustizia di stabilire se l'art. 52, par. 1 CDF, che subordina le limitazioni dei diritti fondamentali della Carta stessa al principio di proporzionalità, ostasse a una disciplina, come quella delineata dal *Facilitators package*, che obbliga gli Stati a criminalizzare qualunque forma di aiuto all'ingresso o al transito irregolare, anche in assenza di scopo di lucro, e al contempo prevede una mera facoltà, anziché un obbligo, di esentare da

16. Trib. Bologna, ord. 17 luglio 2023, in *Sistema penale*, 31 luglio 2023. Per un articolato commento v. Bernardini L., *Il delit de solidarité davanti alla Corte di giustizia: il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee*, in questa *Rivista*, n. 1.2024, p. 1. L'originaria denominazione "Kinshasa" è stata successivamente sostituita con "Kinsa".

17. Corte cost., 8 febbraio 2022, n. 63, Pres. Amato, Red. Viganò. Tra i commenti, v. A. Spina, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante dell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in questa *Rivista*, n. 3.2022, pp. 238-267; F. Parisi, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: la Corte costituzionale dichiara illegittima l'aggravante per chi agevola l'immigrazione utilizzando servizi di trasporto internazionale o documenti falsi*, in *Foro it.*, n. 9, 2022, pp. 2661-2668.

18. Cfr. S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 2020, 3, p. 143; nonché, *amplius*, Id., *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2023, p. 320 ss.

responsabilità le condotte umanitarie. I diritti fondamentali di cui si sospettava la sproporzionata compressione erano, dal lato degli autori del reato, la libertà personale (art. 6 CDF) e il patrimonio (art. 17); dal lato dei migranti facilitati, la vita (art. 2) e l'integrità fisica (art. 3), l'asilo (art. 18) e il rispetto della vita familiare (art. 7). Il secondo quesito era identicamente formulato, ma, in luogo della Direttiva e della Decisione quadro, aveva ad oggetto l'art. 12, commi 1 e 2 TU imm., cioè le norme attuative degli obblighi di incriminazione europei nell'ordinamento italiano.

L'ordinanza articolava il sindacato di proporzionalità in tre sotto-verifiche, ossia idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Secondo il rimettente, la disciplina europea non poteva essere considerata né idonea né necessaria a contrastare il fenomeno del traffico di migranti, in ragione della sua estensione e segnatamente della sua capacità di ricomprendere anche le condotte umanitarie; per la stessa ragione, tuttavia, poteva essere considerata idonea a perseguire lo scopo di regolare i flussi migratori in ingresso. Nondimeno, rispetto a quest'ultima finalità, il rimettente riteneva che l'obbligo di incriminazione non potesse considerarsi né necessario, né proporzionato in senso stretto, in quanto configurato in maniera tale da perseguire il controllo della regolarità dei flussi in maniera assoluta, senza il filtro dello scopo di lucro o alternativamente di una causa di giustificazione umanitaria obbligatoria. Non poteva pertanto essere considerato né il mezzo meno offensivo, a parità di efficacia, per i diritti fondamentali dei migranti irregolari, né il frutto di un equo bilanciamento tra i medesimi diritti e l'esigenza di proteggere le frontiere. La stessa sproporzione, sempre ad avviso del rimettente, si doveva riscontrare, a valle, nella disciplina di cui all'art. 12 TU imm., rispetto al quale la Carta dei diritti fondamentali doveva perciò considerarsi ostativa.

#### 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale

Il 7 novembre 2024 l'avvocato generale de la Tour presentava le proprie conclusioni.

Quanto al primo quesito sollevato dal Tribunale di Bologna, l'AG riteneva che la Direttiva presentasse un ambito di applicazione esteso fino a ricomprendere «l'insieme degli atti volti a facilitare l'ingresso illegale nel territorio di uno Stato membro, anche quando tali atti vengono compiuti in modo disinteressato, per altruismo, compassione o solidarietà, per motivi umanitari o in ragione di legami familiari» (§ 46). Si è trattato, a quanto ci risulta, del primo esplicito riconoscimento, da parte di un attore del sistema giudiziario, in ordine all'esistenza di un obbligo di criminalizzazione di tale portata. In precedenza, infatti, l'esistenza di un *délit de solidarité* era stata messa in luce dai commentatori in chiave critica del *Facilitators package*, ma non era mai stata riconosciuta dalle istituzioni, ed anzi era stata espressamente negata dalla Commissione europea<sup>19</sup>.

Nondimeno, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, de la Tour non ricavava da questa premessa alcun profilo di invalidità della Direttiva, né – a differenza di quanto, come vedremo, farà la Corte – alcuna ragione per restringerne il campo applicativo in via esegetica. L'AG riteneva, infatti, che la Direttiva contenesse una nozione idonea e necessaria a realizzare lo scopo di lottare efficacemente contro il favoreggiamento di ingressi irregolari, in ogni sua forma (§78-87). L'argomentazione, sul punto, era intervallata da continui riferimenti al compito, gravante secondo de la Tour esclusivamente sugli Stati membri, di

19. Cfr. EU Commission, *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)*, Brussels, 22.3.2017 SWD (2017) 117 final, pp. 21-23.

adottare norme attuative della Direttiva che, nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali, consentissero al giudice di tenere adeguatamente conto delle motivazioni, altruistiche o meno, alla base del reato.

Si noti, per inciso, come in questa parte dell'opinione il test di proporzionalità si fermi allo stadio della necessità, senza soffermarsi sulla proporzionalità in senso stretto e dunque sulla ragionevolezza del bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore europeo. De la Tour sembra invero confondere la proporzionalità in senso stretto con la proporzionalità della sanzione (profilo, quest'ultimo, sul quale comunque non ravvisava alcuna criticità); e invero la sua scelta, a monte, di ricondurre il tema oggetto di scrutinio all'art. 49(3) della Carta, anziché all'art. 52(1), rifletteva una non chiara messa a fuoco del quesito pregiudiziale. Sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo (v. *infra*, par. 7.2.)

Le conclusioni relative al secondo quesito risultavano coerenti con quanto affermato rispetto al primo. Avendo infatti riversato sugli Stati membri l'intero compito di garantire la conformità della disciplina europea sul favoreggiamento con la Carta dei diritti fondamentali, l'AG rilevava l'ostatività della Carta rispetto a qualunque disciplina nazionale che non consentisse ai propri giudici penali di modulare la decisione, sull'*an* della responsabilità o sul *quantum* sanzionatorio, alla luce delle motivazioni, umanitarie o meno, dell'azione del facilitatore (§114).

## 5. La sentenza della Corte di giustizia

In via preliminare, dopo avere richiamato il principio in forza del quale agli atti dell'Unione deve essere data un'interpretazione, tra le varie possibili, conforme al diritto primario, che dal 2009 include anche la Carta dei diritti fondamentali (§ 37), la Corte ha riformulato entrambi i quesiti, ritagliandoli maggiormente sul caso di specie (§ 39).

Sul versante del diritto europeo, la Corte si è chiesta se la condotta di una persona che agevola l'ingresso nel territorio di uno Stato membro di minori stranieri di cui ha l'effettiva custodia rientri nella nozione di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 1, par. 1, lett. a), della Direttiva 2002/90/CE, letto alla luce del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1 CDF, del diritto al rispetto della vita familiare (art. 7 CDF), dei diritti del minore (art. 24 CDF), nonché del diritto d'asilo (art. 18 CDF). A tale primo quesito la Corte ha dato risposta negativa, sulla scorta dei seguenti argomenti.

In primo luogo, richiamando la propria giurisprudenza sull'art. 7 CDF, ha ricordato «che l'esistenza di una vita familiare è una questione di fatto dipendente dalla realtà pratica di stretti legami personali e che la possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare» (§ 47). In secondo luogo, ha affermato che il diritto alla vita familiare deve essere letto sia congiuntamente all'obbligo di assegnare preminenza all'interesse superiore del minore in tutti gli atti che lo riguardino (art. 24, par. 2 CDF), atti tra i quali rientrano anche le «decisioni che non hanno come destinatario il minore, ma che comportano conseguenze importanti per quest'ultimo» (§ 48); sia congiuntamente al diritto del minore di intrattenere regolari relazioni con i genitori (art. 24, par. 3 CDF). In terzo luogo, ha valorizzato l'obbligo in capo ai genitori, nonché a coloro che hanno l'affidamento di minori, di «assicurare, entro i limiti delle loro possibilità e dei loro mezzi economici, le condizioni di vita necessarie allo sviluppo del fanciullo», sancito dall'art. 27, par. 2 della Convenzione dei diritti del fanciullo, di cui pure occorre tenere conto nell'interpretazione della Carta (§ 50). Alla luce di tali riferimenti normativi, la Corte ha affermato che la definizione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 1, par.

1, lett. a) della Direttiva 2002/90/CE non ricomprende l'accompagnamento in uno Stato membro del minore di cui l'adulto è affidatario, ancorché in violazione della disciplina sull'ingresso degli stranieri, poiché un'interpretazione di segno opposto «comporterebbe un'ingerenza particolarmente grave nel diritto al rispetto della vita familiare e dei diritti del minore, sanciti, rispettivamente, agli articoli 7 e 24 della Carta, al punto da pregiudicare il contenuto essenziale di tali diritti fondamentali, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta» (§ 55).

Pur avendo a questo punto la Corte già raggiunto la statuizione che riporterà nel dispositivo, la motivazione prosegue aggiungendo ulteriori argomenti di rafforzamento. Il primo riguarda il diritto d'asilo, tutelato dall'art. 18 CDF. Ad avviso della Corte, la presentazione della domanda di protezione non assegna solo il diritto a non incorrere in sanzioni penali a causa del proprio ingresso nel territorio (come previsto dall'art. 31 della Convenzione di Ginevra), ma anche il diritto a non incorrere nelle medesime sanzioni a causa del fatto di essere accompagnati, al momento dell'ingresso, da minori di cui si ha l'effettiva custodia. A quest'ultima conclusione la Corte perviene, in sintesi, ricordando anzitutto che il diritto d'asilo è espressamente fatto salvo dal *Facilitators package* (art. 6 della Decisione quadro), nonché dal Codice delle frontiere Schengen (art. 4); in secondo luogo, richiamando la propria giurisprudenza volta a censurare le «misure che, senza una giustificazione ragionevole, conducano a dissuadere un cittadino di un Paese terzo dal presentare la sua domanda di protezione internazionale alle autorità competenti» (§ 62); in terzo luogo, richiamando le previsioni delle Direttive accoglienza (2013/33/UE) e qualifiche (2011/95/UE) che sanciscono l'interesse superiore del minore e la centralità dell'unità familiare nelle procedure d'asilo (§63-64).

Infine, l'*iter* motivazionale viene corredato da un fugace richiamo al Protocollo di Palermo per il contrasto al traffico di migranti (§ 66), considerato ulteriore strumento di interpretazione conforme della Direttiva, e segnatamente alla previsione (racchiusa nell'art. 2) secondo cui l'obiettivo della lotta al traffico di migranti deve essere perseguito contestualmente alla protezione dei diritti dei migranti stessi (art. 2 Prot.).

Anche il quesito relativo al diritto nazionale è stato riformulato e ritagliato sul caso di specie. La Corte si è infatti chiesta se le medesime disposizioni della Carta ostino a una disciplina che sanziona penalmente la condotta dell'adulto affidatario di un minore che ne procura l'ingresso irregolare in uno Stato membro. Sul punto la sentenza ricorda che l'interpretazione di una Direttiva in senso conforme alla Carta vincola anche i legislatori nazionali in fase di recepimento della Direttiva stessa. Pertanto, agli Stati membri è preclusa l'introduzione di norme penali che, andando oltre la portata dell'illecito di favoreggiamento definito dall'art. 1, par. 1, lett. a) della Direttiva 2002/90/CE, come interpretato dalla Corte, determinino una sproporzionata limitazione dei diritti sanciti dagli artt. 7 e 24 CDF, incompatibile con l'art. 52, par. 1 CDF (§ 71). Significativamente la Corte poi precisa che gli artt. 7 e 24 CDF «sono sufficienti di per sé e non devono essere precisati da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli diritti invocabili in quanto tali»; con la conseguenza che «se il giudice del rinvio dovesse constatare che non è possibile interpretare il proprio diritto nazionale in modo conforme al diritto dell'Unione, esso sarebbe tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza di tali articoli e a garantirne la piena efficacia, disapplicando all'occorrenza l'articolo 12 del Testo unico sull'immigrazione» (§ 72, grassetto aggiunto).

## 6. Le ricadute della sentenza *Kinsa* sul procedimento *a quo* e sulle condanne definitive per casi analoghi

Affermando che gli articoli 7, 24 e 52, par. 1 CDF “ostano” a una normativa nazionale che sanziona penalmente una persona che agevola l’ingresso irregolare del minore straniero di cui è affidataria, la Corte di giustizia ha riconosciuto a tali disposizioni effetto diretto, e segnatamente la capacità di paralizzare, in virtù del primato del diritto UE, l’applicazione dell’art. 12 TU imm. alla categoria di condotte indicata.

Con sentenza del 14 luglio 2025 il Tribunale di Bologna ha assolto l’imputata dall’accusa di favoreggiamento con la formula “perché il fatto non è previsto dalla legge come reato”; nonché dall’accusa di possesso di documenti di identificazione falsi *ex art. 497-bis c.p.*, con la formula “perché il fatto non costituisce reato” (avendo, in quest’ultimo caso, ravvisato la sussistenza dello stato di necessità in capo alla donna richiedente asilo). Concentrando l’attenzione sulla prima statuizione, il giudice ha ritenuto che, non essendovi spazio per un’interpretazione dell’art. 12 in senso conforme alla Carta dei diritti fondamentali, il rimedio per allinearsi al *dictum* di Lussemburgo fosse, inevitabilmente, quello della disapplicazione della norma incriminatrice. Quanto alla formula assolutoria, dalla motivazione si apprende che essa sia stata prescelta tenendo conto, da un lato, che il fatto naturalisticamente inteso si era verificato, e dall’altro lato che lo stesso non poteva più considerarsi penalmente rilevante in virtù della suddetta disapplicazione.

Mentre pare del tutto convincente la scelta di disapplicare la norma incriminatrice (l’interpretazione conforme essendo preclusa dall’inequivoco tenore letterale della norma incriminatrice, concepita come visto sopra per sanzionare qualunque forma di agevolazione dell’ingresso irregolare, incluso dunque l’aiuto tra familiari); viceversa la scelta della formula assolutoria suscita qualche perplessità. Occorre invero considerare che gli effetti ostativi all’applicazione dell’art. 12 TU imm., pur essendo stati *rilevati* dalla Corte di giustizia mediante la sentenza in esame, si sono a ben vedere prodotti sin dal momento in cui la Carta dei diritti fondamentali ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati, ossia dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1.12.2009). Di conseguenza, nel momento in cui l’imputata nel processo *a quo* ha realizzato la condotta, quest’ultima doveva considerarsi già estranea alla norma incriminatrice, e come tale – ancorché naturalisticamente esistente – giuridicamente irrilevante in quanto atipica. Più appropriata, a nostro avviso, sarebbe pertanto risultata la formula “il fatto non sussiste”, già impiegata, del resto, dalla Corte di cassazione per l’assoluzione conseguente alla disapplicazione del reato di esercizio abusivo di raccolta di scommesse, a seguito della sentenza con la quale la Corte di giustizia ne aveva evidenziata l’incompatibilità con le libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi previste dagli artt. 43 e 49 TCE<sup>20</sup>.

Un cenno, per completezza, alla rilevanza della sentenza in commento rispetto a eventuali sentenze di condanna passate in giudicato prima dell’intervento della Corte di giustizia. Se vediamo correttamente, nulla osta alla loro revoca ai sensi dell’art. 673 c.p.p., rimedio finalizzato a rimuovere il giudicato illegittimo, tale in questo caso perché fondato su un’interpretazione dell’art. 12 TU imm. incompatibile con la Carta dei diritti fondamentali<sup>21</sup>.

20. Cfr., rispettivamente, Cass., sez. III, 28 marzo 2007, n. 16928, S.F.; CGUE, sent. 6 marzo 2007, Placanica e al., cause riunite C-338/04, 359/04 e 360/04.

21. Nello stesso senso, *mutatis mutandis*, Cass., sez. VII, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlaib, CED 239961, nonché Cass., sez. III, 3 giugno 2014, Seck, CED 259956, entrambe relative alle fattispecie di cui all’art. 171-ter, comma 1 della legge sul

## 7. La proporzionalità come limite alle scelte di criminalizzazione

La sentenza *Kinsa* si inserisce nel dibattito sulla criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare con due importanti profili di novità. Anzitutto, come già accennato, si tratta della prima volta in cui i giudici di Lussemburgo si pronunciano su un pacchetto di disposizioni in vigore da oltre vent'anni, oltretutto sulla base di una questione pregiudiziale che, come accade assai di rado, non investe solo profili interpretativi, bensì anche la stessa validità del diritto derivato. In secondo luogo, e più in generale, si tratta della prima volta in cui un obbligo di criminalizzazione, nonché le disposizioni nazionali che lo traspongono, vengono sottoposti al vaglio del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali.

Fino alla sentenza *Kinsa*, infatti, la Corte era stata interrogata sui profili di proporzionalità del diritto punitivo soltanto con riferimento alla proporzionalità *delle sanzioni*. Si trattava, in particolare, di norme nazionali attuative di obblighi, racchiusi in Direttive, di adottare sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive". Da ultimo, con la sentenza N.E., la Corte è giunta a riconoscere effetto diretto al divieto di pene sproporzionate, contestualmente riconducendolo, oltre che alla clausola di proporzionalità spesso racchiusa nelle Direttive recanti obblighi di criminalizzazione, al dettato dell'art. 49, par. 3 CDF, e così assegnandogli un rango che lo eleva a parametro di legittimità, sul versante sanzionatorio, dell'intera *matière pénale* di matrice europea<sup>22</sup>.

La sentenza *Kinsa*, dal canto suo, inaugura un modello di sindacato che investe, prima ancora della proporzionalità della sanzione, la stessa proporzionalità delle scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore<sup>23</sup>. Si tratta di una novità potenzialmente dirompente, poiché spalanca le porte ad un sindacato giurisdizionale in grado di testare il ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa sul piano dell'*an* della responsabilità penale, sulla base di uno schema certamente pervasivo ma al contempo rispettoso del principio di separazione dei poteri. Conviene, allora, soffermarsi più da vicino sui passaggi chiave del giudizio condotto dalla Corte, inquadrandoli nella più ampia teoria della proporzionalità del reato, al fine di individuarne i punti di forza e quelli, ad avviso di chi scrive, meno convincenti.

### 7.1. Il sindacato di proporzionalità nel caso *Kinsa*: l'oggetto

La Corte europea si smarca dalla tesi, sostenuta dall'avvocato generale, secondo cui, malgrado il *Facilitators package* ricomprenda testualmente qualunque forma di agevolazione dell'ingresso irregolare, ciò non possa in ogni caso determinarne invalidità al metro della Carta dei diritti fondamentali (come si ricorderà, infatti, secondo l'AG spetterebbe esclusivamente agli Stati, in fase di recepimento, dare attuazione agli obblighi di tutela penale differenziando, nell'*an* della sanzione o quantomeno nel trattamento sanzionatorio, le condotte dei trafficanti da quelle solidaristiche e/o umanitarie). La Corte,

---

diritto d'autore, giudicate dalla Corte di giustizia incompatibili con la Direttiva 83/189/CEE (sent. 8 novembre 2007, Schwibbert, C-20/25).

22. Sul punto v. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, p. 15.

23. Sulla distinzione tra proporzionalità della pena e proporzionalità del reato cfr., di recente, M. Pelissero, *Relazione di sintesi. Proporzionalità e punizione giusta. Una garanzia fragile, da rafforzare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, n. 3, p. 1103 ss.

invece, sottopone allo scrutinio di validità tanto la fonte europea dell'obbligo di criminalizzazione, quanto, ancorché indirettamente per mezzo dello schema dell'ostatività, la norma penale di trasposizione.

Si tratta dell'impostazione a nostro avviso corretta, specialmente laddove, come nel caso di specie, il legislatore nazionale abbia *fedelmente* adempiuto all'obbligo di criminalizzazione: in questi casi, se il giudice nazionale si limitasse a disapplicare la norma incriminatrice, senza preliminarmente interrogare il giudice europeo sulla validità della norma europea "madre" di quella nazionale, finirebbe per violare un obbligo europeo puntualmente trasposto dal suo legislatore. Senza contare che l'impostazione adottata dall'AG, delegando ai singoli Stati la perimetrazione della responsabilità, finirebbe per incrementare considerevolmente il livello di incertezza del diritto in questa materia nello spazio europeo<sup>24</sup>. Per concludere su questo aspetto, possiamo dunque affermare che, stante il rango primario dell'art. 52(1) CDF, l'oggetto del sindacato sulle scelte di criminalizzazione al metro del principio di proporzionalità è necessariamente duplice, in quanto investe tanto il diritto secondario fonte dell'obbligo di tutela penale, quanto il diritto nazionale che vi ha dato attuazione.

## 7.2. (segue): la struttura

Le scansioni del sindacato sulla conformità di una disposizione all'art. 52(1) CDF sono agevolmente rintracciabili nella giurisprudenza della Corte, ancorché finora sviluppatasi relativamente a norme sanzionatorie di natura non penale. In particolare, la Corte è solita effettuare un vaglio strutturato in quattro sotto-verifiche: *i)* la legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore mediante la disciplina sotto scrutinio; *ii)* l'idoneità della disciplina medesima a raggiungere l'obiettivo perseguito; *iii)* la necessità, intesa come adozione della misura meno afflittiva a parità di efficacia; *iv)* la proporzionalità in senso stretto, intesa come ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco<sup>25</sup>.

Anche su questo versante, emerge con una certa evidenza la lacunosità dell'opinione dell'avvocato generale, che contiene solo le prime tre verifiche ed omette completamente la quarta, o meglio la confonde con la proporzionalità *della pena*. Sotto questo profilo, la scelta di ricondurre l'intero test di proporzionalità all'art. 49(3) CDF, anziché, come correttamente prospettato dal giudice rimettente, all'art. 52(1), ha verosimilmente contribuito a produrre l'errore evidenziato.

A dire il vero, nella sentenza *Kinsa* nemmeno la Corte sviluppa per esteso le quattro indicate verifiche<sup>26</sup>. Come visto, infatti, la motivazione si incentra sulla considerazione che, laddove la Direttiva fosse interpretata nel senso di includere nel suo ambito di applicazione condotte come quella del caso di specie, risulterebbe lesiva del "contenuto essenziale" dei diritti di cui agli artt. 7 e 24 CDF, e dunque violerebbe un requisito – il rispetto, appunto, del contenuto essenziale dei diritti fondamentali – che l'art. 52(1) configura testualmente come precedente e autonomo rispetto al test di proporzionalità<sup>27</sup>. Si tratterebbe, dunque, di uno di

24. Per questa osservazione v. V. Mitsilegas, *Decriminalising the Facilitation of Unauthorised Entry in EU Law: Kinsa as a first step?*, cit., p. 337.

25. Cfr., *ex multis*, CGUE, Grande Sezione, 22 gennaio 2013, C-283/11, Sky Österreich GmbH, § 50.

26. Per una proposta di sviluppo per esteso delle quattro verifiche rispetto al *Facilitators package*, sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 343 ss.

27. Cfr. S. Peers, S. Prechal, *Art. 52*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2021 p. 1634.

quei rari casi in cui il *vulnus* (ancorché meramente potenziale, avendolo la Corte escluso in via interpretativa) assume la portata di una vera e propria “estinzione” del diritto fondamentale.

Queste considerazioni, a ben vedere, confermano quanto si è detto finora, e cioè che la Corte ha concentrato il proprio sindacato sull'*an* della tutela penale, in disparte ogni considerazione rispetto al *quantum* sanzionatorio. Inoltre, la circostanza che la Corte non si sia addentrata nel sindacato quadripartito di proporzionalità, arrestandosi sulla soglia della violazione del “contenuto essenziale” dei diritti, riflette in ogni caso la logica dell'arbitraria prevalenza di un interesse rispetto a un altro, e segnatamente dell'eccessiva tutela accordata alla protezione delle frontiere rispetto agli occasionalmente confliggenti interessi di cui sono portatrici le persone migranti prive di regolari documenti di ingresso. Dunque pur sempre di sproporzione della scelta di criminalizzazione si sta parlando; ed anzi di una sproporzione talmente macroscopica da poter essere descritta in termini di totale annullamento dei diritti oggetto di compressione<sup>28</sup>.

### 7.3. (segue): i rimedi

Di fronte alla ravvisata incompatibilità tra la criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare del minore da parte dell'adulto affidatario e la Carta dei diritti fondamentali, due erano le strade che si profilavano dinanzi alla Corte: quella dell'interpretazione conforme, da privilegiare laddove concretamente percorribile, in virtù del principio di conservazione del diritto positivo; quella della dichiarazione di invalidità, quantomeno parziale, della Direttiva, finalizzata a ridurre l'ambito di applicazione in conformità al diritto primario. Come visto, la Corte ha optato per la prima strada, e ha conseguentemente interpretato la Direttiva come se non ricomprendesse al suo interno la categoria delle condotte venute in rilievo nel caso di specie.

Questa impostazione non ci convince fino in fondo. Ritenere che la nozione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare dettata dall'art. 1, par. 1, lett. a) della Direttiva 2002/90/CE debba essere riletta espungendo le condotte che limitano in maniera sproporzionata i diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 24 CDF, equivale infatti a svuotare di significato l'opzione, esplicitamente compiuta dal legislatore europeo nel 2002, di lasciare agli Stati la libertà di decidere se mandare esenti da responsabilità le condotte in senso lato umanitarie (esercitando la facoltà di cui all'art. 1, par. 2 della Direttiva stessa), ovvero perseguire la protezione delle frontiere anche mediante la criminalizzazione di tali condotte (adottando norme incriminatrici testualmente corrispondenti all'art. 1, par. 1, lett. a). In altri termini, l'inequivoco tenore letterale dell'art. 1 della Direttiva, letto nel suo insieme, rendeva a nostro avviso impercorribile la strada dell'interpretazione conforme. È da questa constatazione di fondo che discendevano – e ad avviso di chi scrive tuttora discendono – i dubbi in ordine alla legittimità della disciplina europea; dubbi facilmente trasferibili anche sulla disciplina italiana che fedelmente la traspone. Sul punto ci limitiamo a rinviare alle

---

28. Per completezza si può osservare come lo svolgimento del test di proporzionalità quadripartito avrebbe potuto svelare altre criticità del *Facilitators package*: sul piano dell'idoneità, ad esempio, si potrebbe dubitare che una criminalizzazione a tutto tondo realizzi l'obiettivo di un efficace contrasto al *migrant smuggling*, considerato che comporta l'allocazione delle risorse su condotte non solo doverose, ma del tutto estranee ai network del traffico di migranti responsabili dello spostamento di numeri maggiori di persone. Il tema, peraltro, meriterebbe uno specifico approfondimento che in questa sede non è possibile offrire.

ragioni già sviluppate in precedenti contributi, peraltro richiamati dall'ordinanza di rimessione, che ne ha condiviso e ripreso l'impianto di fondo e le relative argomentazioni<sup>29</sup>.

## 8. Oltre il caso *Kinsa*: La rilevanza della sentenza della Corte di giustizia per altri casi di criminalizzazione della solidarietà

La riformulazione dei quesiti pregiudiziali in senso restrittivo ha fatto sì che anche i principi affermati dalla Corte di giustizia, ancorché innovativi e forieri di importanti conseguenze sul piano della selezione delle condotte punibili, siano risultati ben più circoscritti di quanto prospettato dall'ordinanza di rimessione, poiché ritagliati sulla condotta dell'affidatario che introduce irregolarmente in Italia un minore sotto la sua responsabilità, anziché sulla criminalizzazione della solidarietà verso gli stranieri *sans papiers* generalmente intesa. Questa tensione di fondo tra innovazione e prudenza traspare inequivocabilmente dai commenti di chi ha definito la sentenza in esame una (mera) "candela nell'oscurità"<sup>30</sup>, o comunque ne ha evidenziati i punti di forza adottando esplicitamente la prospettiva del "bicchiere mezzo pieno"<sup>31</sup>.

Tutto ciò, nondimeno, non esclude che, facendo astrazione dalle specificità inerenti alla categoria di condotte oggetto del caso di specie, la portata dei principi affermati dalla Corte possa essere estesa in via interpretativa a un ventaglio assai più ampio di situazioni. Invero, attingendo al catalogo dei diritti fondamentali previsti dalla Carta – e valorizzandone all'occorrenza l'interpretazione alla luce dei corrispondenti diritti previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in linea con una *cross fertilisation* positivizzata dall'art. 52, par. 3 della Carta stessa – risulta ad avviso di chi scrive possibile replicare lo schema di ragionamento adottato dalla Corte di giustizia rispetto a numerose altre tipologie di condotte umanitarie, o anche semplicemente altruistiche, suscettibili di essere attratte nell'area della rilevanza penale, verificando se la loro repressione penale risponda o meno ai requisiti previsti dall'art. 52(1) della Carta.

Di seguito verranno proposti alcuni possibili esempi di questo schema di ragionamento, non prima però di avere evidenziato come la loro riproposizione nella giurisprudenza nostrana non rappresenterebbe una novità assoluta, in quanto potrebbe contare sull'autorevole precedente della Corte suprema del Canada, che oltre dieci anni fa, con la sentenza *Appulonappa*, ha giudicato parzialmente illegittima, per manifesta sproporzione, la fattispecie nazionale di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, dichiarandola "non applicabile" all'aiuto umanitario agli stranieri senza documenti, all'aiuto reciproco tra richiedenti asilo, nonché all'assistenza tra famigliari<sup>32</sup>.

### 8.1. Ulteriori situazioni di favoreggiamento tra famigliari

Pare anzitutto fuori discussione che, interpretati in chiave teleologica, e segnatamente nella prospettiva di garantire una protezione concreta ed effettiva ai diritti di cui agli artt. 7

29. S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2020, fasc. 3, p. 143 ss.; nonché, *amplius*, Id., *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 360 ss.

30. S. Peers, *A candle in the dark*, cit.

31. V. Mitsilegas, *Decriminalising the Facilitation of Unauthorised Entry in EU Law*, cit., p. 340.

32. Supreme Court of Canada, *R. v. Appulonappa*, 27 novembre 2015 (2015 SCC 59). Per l'analisi della pronuncia sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento*, cit., p. 339 ss.

e 24 CDF, i principi affermati dalla Corte possano essere estesi a relazioni famigliari diverse da quelle oggetto del caso di specie, vale a dire il rapporto genitoriale in senso stretto e l'affidamento del minore<sup>33</sup>. Tale opzione interpretativa trova conforto anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 Cedu, che riconduce il presupposto della "vita famigliare" all'esistenza di "stretti legami personali", a prescindere dalla loro qualificazione giuridica e financo in presenza di legami di mero fatto<sup>34</sup>. La disciplina europea e quelle nazionali dovranno dunque essere interpretate nel senso di escludere la rilevanza penale, ad esempio, dell'aiuto tra coniugi, ascendenti e discendenti, collaterali, famigliari acquisiti e persone legate da relazioni affettive, ogniqualvolta l'agevolatore rivesta una qualche forma di responsabilità o corresponsabilità, anche solo *di fatto* come la stessa Corte di giustizia ha opportunamente rimarcato, nei confronti dell'agevolato<sup>35</sup>.

In questa linea di pensiero si colloca una recente sentenza del Tribunale di Verona che ha assolto l'imputato dall'accusa di avere agevolato, tramite pagamento di somme di denaro, l'arrivo in Italia di una persona qualificata dalla sentenza stessa come sua "fidanzata o ragazza", trattenuta in Libia in una *connection house*<sup>36</sup>. Il giudice ha ritenuto che i principi affermati dalla sentenza *Kinsa* potessero essere estesi, *mutatis mutandis*, a un contesto famigliare in senso lato come quello oggetto del suo giudizio, opzione a sua volta idonea a corroborare un'interpretazione estensiva dell'art. 54 c.p. e la conseguente assoluzione secondo la formula "perché il fatto non costituisce reato". Ancorché assai sintetica nei suoi snodi argomentativi più rilevanti, che forse avrebbero meritato uno sviluppo più disteso, la pronuncia offre un primo, e in ultima analisi condivisibile, esempio del potenziale espansivo dei principi affermati nella sentenza *Kinsa* a casi diversi da quello *a quo*.

## 8.2. Soccorso di migranti in pericolo

I diritti fondamentali alla vita e all'integrità psico-fisica, previsti dagli artt. 2 e 3 CDF, vedrebbero il proprio contenuto essenziale senz'altro leso in caso di criminalizzazione di condotte di soccorso a favore di migranti trovati in pericolo, in mare o sulla terraferma. A questa conclusione potrebbe giungere, anzitutto, la stessa Corte di giustizia, interrogata nuovamente mediante rinvio pregiudiziale, sulla scorta dell'interpretazione della Direttiva in senso conforme all'art. 52(1) della Carta, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 CDF. Tale posizione potrebbe essere rafforzata, giusta la clausola di equivalenza tra i diritti sanciti dalla Carta e i corrispondenti diritti sanciti dalla CEDU (art. 52, par. 3 CDF), mediante il richiamo alla pronuncia con la quale la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'obbligo positivo di tutela della vita a fronte dell'annegamento di un migrante nel corso di un respingimento sul fiume Tisza al confine tra Serbia e Ungheria<sup>37</sup>.

Alle medesime conclusioni, se vediamo correttamente, potrebbe pervenire lo stesso giudice italiano, senza necessità di ulteriori passaggi a Kirchberg, nell'esercizio del potere di disapplicazione dell'art. 12 TU imm. Un risultato, quest'ultimo, reso possibile sia dal carattere sufficientemente determinato degli artt. 2 e 3 della Carta, tale da conferire loro il

33. Aperture in questo senso in M. Grundler, *The CJEU's Judgment in Kinsa: A Big Win - But for Whom?*, cit.

34. Corte europea diritti dell'uomo, Grande Camera, 12 luglio 2001, *K. e T. c. Finlandia*, § 150.

35. Per una critica all'eccessiva vaghezza della pronuncia relativamente al concetto di affidamento e ai suoi rapporti con le condotte umanitarie, v. M. Rocca, *In the End... Who Cares?*, cit.

36. Trib. Verona, 3 novembre 2025, imp. *I.E.*, inedita.

37. Corte europea diritti dell'uomo, 2 febbraio 2023, *Alhowais c. Ungheria*, § 131-145.

crisma di diritti soggettivi direttamente applicabili in capo ai singoli<sup>38</sup>; sia, a ben vedere, dalla stessa Direttiva sul favoreggiamento, nella parte in cui “consente” agli Stati di mandare esenti da responsabilità gli autori di condotte umanitarie, in questo modo aprendo la strada (anche) al ruolo dei giudici nazionali nel ridefinire in via esetica i contorni della punibilità.

### 8.3. Assistenza ai richiedenti asilo

Un altro possibile esempio, di sicuro rilievo nella prassi applicativa, riguarda l'aiuto all'esercizio del diritto d'asilo, tutelato dall'art. 18 della Carta. Nella sentenza *Kinsa* la Corte ha valorizzato tale diritto come argomento di mero rinforzo, avendo esplicitamente fondato l'interpretazione restrittiva della Direttiva sui soli artt. 7 e 24 CDF (gli unici, infatti, menzionati anche nel dispositivo). Tale scelta si spiega agevolmente alla luce delle peculiarità del caso di specie, e, nuovamente, della scelta di ritagliare i quesiti pregiudiziali attorno ad esse: posto che la vicenda aveva ad oggetto l'agevolazione dell'ingresso compiuta da un *famigliare* nei confronti di due *minorenni*, a venire primariamente in rilievo erano senz'altro le corrispondenti posizioni giuridiche *ex art. 7 e 24 CDF*, a prescindere dall'esercizio del diritto di asilo. In questa prospettiva, la circostanza che la Corte abbia comunque deciso di corroborare la motivazione sulla scorta del diritto d'asilo è un chiaro indice dell'importanza che il Collegio ha assegnato a tale diritto nel novero dei contro-interessi suscettibili di limitare la portata applicativa delle norme penali sul favoreggiamento.

Un'importanza, del resto, coerente con la giurisprudenza dalla Corte stessa. La sentenza *Commissione c. Ungheria*<sup>39</sup> ha giudicato incompatibile con il diritto d'asilo un reato che puniva il favoreggiamento dell'ingresso realizzato mediante aiuto a presentare richieste di protezione *prima facie* infondate. In quella sede, la Corte ha affermato *i)* che la fattispecie ungherese si risolveva in un'illegittima dissuasione dalle attività di assistenza umanitaria alla frontiera; e *ii)* che in ogni caso tale fattispecie non poteva considerarsi attuativa del *Facilitators package*, dal momento che l'ingresso per richiedere asilo non può essere qualificato illegittimo fino all'esito della procedura di accertamento dello *status*. Tornando al tema che qui più direttamente ci occupa, la domanda che potremmo porci è se lo “schema *Kinsa*” – vale a dire l'interpretazione restrittiva della Direttiva e, a valle, la disapplicazione dell'art. 12 TU imm. – sia replicabile con riferimento a vicende nelle quali taluno agevoli l'ingresso di uno straniero privo di documenti al fine di consentirgli di richiedere asilo.

Seguendo testualmente il secondo principio affermato nel poc'anzi citato precedente *Commissione c. Ungheria*, il quesito non dovrebbe nemmeno porsi, atteso che l'ingresso finalizzato a richiedere asilo non è irregolare e dunque mancano i presupposti per ritenere applicabile tanto l'obbligo di criminalizzazione quanto la fattispecie nazionale di favoreggiamento. Laddove, tuttavia, si negasse questa premessa – ad esempio, perché lo straniero non ha presentato “immediatamente” la domanda, come richiesto dalla disciplina sull'asilo, bensì ha tentato di far perdere le proprie tracce – si tratterebbe comunque di valutare se la Direttiva, e le norme penali attuative, realizzano un equo bilanciamento tra l'esigenza di proteggere le frontiere e la tutela del diritto d'asilo.

Su questo aspetto ci pare rilevante il primo principio enunciato in *Commissione c. Ungheria*, quello secondo cui il diritto penale non può dispiegare un effetto deterrente

38. Carattere che, del resto, la sentenza *Kinsa* ha riconosciuto ai ben più generici artt. 7 e 24 CDF.

39. CGUE, Grande Sezione, 16 novembre 2021, *Commissione c. Ungheria*, C-821/19.

rispetto alle attività umanitarie alla frontiera, senza che ne risulti, di riflesso, un'arbitraria compressione del diritto soggettivo a richiedere asilo, tenuto conto dello strutturale bisogno di assistenza in capo alle persone straniere che si affacciano alle frontiere europee; bisogno che forse scema, ma certamente non scompare, allorché *ex post* la domanda di asilo dovesse essere per qualunque ragione rigettata. L'argomento del *chilling effect* è di fondamentale importanza in quanto consente di attrarre nel giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione anche un diritto soggettivo, in questo caso il diritto a richiedere asilo, spettante a un soggetto (lo straniero) diverso da quello criminalizzato (colui o colei che lo agevola)<sup>40</sup>. Poste queste premesse, a nostro avviso la sistematica criminalizzazione di qualunque forma di agevolazione dell'ingresso irregolare, senza tenere conto della finalità perseguita dall'agente e tantomeno delle peculiarità del soggetto favorito, riflette un assetto di interessi del tutto sbilanciato a favore della protezione delle frontiere, con conseguente sproporzionato sacrificio del diritto a richiedere asilo. Si può dunque concludere che l'interpretazione della Direttiva alla luce degli artt. 52(1) e 18 CDF – anche in assenza di rapporti familiari o comunque di affidamento tra agevolatore e agevolato analoghi a quelli ravvisati nel caso *Kinsa* – comporti l'esclusione dall'obbligo di criminalizzazione delle condotte di assistenza alla frontiera. Conseguentemente, a valle, eventuali norme incriminatrici che sanzionino tali forme di assistenza dovranno essere disapplicate dal giudice nazionale.

#### 9. (segue): La rilevanza della sentenza della Corte di giustizia per la riforma del *Facilitators package*

Tra i meriti del rinvio pregiudiziale dal quale è scaturita la sentenza *Kinsa*, vi è a nostro avviso anche quello di avere messo in moto il processo di riforma del *Facilitators package* – tuttora in corso nel momento in cui si scrive<sup>41</sup> – riforma rispetto alla quale la Commissione europea – principale detentore dell'iniziativa legislativa dell'Unione – si era in passato mostrata esplicitamente contraria, ritenendo, tra l'altro, che l'inserimento dello scopo di lucro tra gli elementi costitutivi del reato avrebbe finito per compromettere l'efficacia delle indagini<sup>42</sup>. Argomento, quest'ultimo, di cui per inciso si deve evidenziare l'estrema fragilità, tenuto conto che da un lato l'accertamento del dolo specifico di profitto non richiede affatto di tracciare flussi di denaro; e che in ogni caso l'approccio "*follow the money*" è stato definito dal *United Nations Office on Drugs and Crime* il più efficace per smantellare i *network* del traffico di migranti<sup>43</sup>.

Il 28 novembre 2023, a pochi mesi dal rinvio pregiudiziale *Kinsa*, la Commissione ha pubblicato la proposta di una nuova Direttiva sul favoreggiamento, destinata a sostituire in blocco il *Facilitators package*<sup>44</sup>, accompagnata da una proposta di Regolamento in materia di

40. Sulla rilevanza del *chilling effect* nel test di proporzionalità, v. per tutti N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, 2020, pp. 252-317.

41. Per una sintesi della procedura, costantemente aggiornata, v. il dedicato *Legislative Train Schedule*, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

42. Cfr. EU Commission, *Refit evaluation*, cit., pp. 8-9.

43. UNODC, *The Concept of "Financial or Other Material Benefit"*, 2017, p. iii.

44. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la Direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, Brussels, 28.11.2023 COM (2023) 755 final 2023/0439 (COD). Per un commento, v. V. Mitsilegas, *Reforming EU Criminal Law on the Facilitation of Unauthorised Entry*:

cooperazione di polizia (atto, quest'ultimo, nel frattempo entrato in vigore<sup>45</sup>). Il cambio repentino di rotta, nonché l'inusuale assenza di un *impact assesment* a corredo della proposta, corroborano l'ipotesi che il rinvio pregiudiziale abbia funzionato da pungolo, sollecitando Bruxelles a confezionare in pochi mesi una riforma che numerose autorevoli voci invocavano, inascoltate, da molti anni<sup>46</sup>. Purtroppo, come ci accingiamo a dimostrare, la proposta non ha affatto raccolto le raccomandazioni formulate da dottrina e osservatori indipendenti, e anzi sembra porre tutte le premesse per perpetuare la stagione della sovracriminalizzazione del favoreggiamento, in linea, del resto, con l'*Action Plan* in materia di traffico di migranti elaborato dalla stessa Commissione per il quinquennio appena conclusosi<sup>47</sup>.

La Direttiva oggetto di proposta racchiude una disciplina articolata, comprensiva di obblighi di tutela penale (inclusi i profili sanzionatori) e di disposizioni sulla giurisdizione, sugli strumenti di indagine, nonché sull'addestramento delle forze dell'ordine e sulla raccolta di dati. Ai fini che qui ci occupano, rileva in particolare la previsione di cui all'art. 3, recante la nozione di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e il relativo obbligo di criminalizzazione, che il successivo art. 7 estende anche alle persone giuridiche. A differenza di quanto prevede attualmente il *Facilitators Package*, l'art. 3, par. 1 richiede, in aggiunta all'agevolazione dell'ingresso, del transito e della permanenza irregolari, la sussistenza di uno dei seguenti elementi alternativi: (a) lo scopo di lucro o di ottenere un altro vantaggio materiale; (b) il serio rischio di porre in pericolo una persona. Tali elementi non sono invece richiesti per l'illecito di cui al par. 2, avente ad oggetto la pubblica istigazione all'immigrazione irregolare. Si noti, peraltro, che l'ipotesi di cui alla lett. (b) risulta stralciata tanto nel parere successivamente adottato dal Consiglio<sup>48</sup>, quanto nel rapporto provvisorio del Comitato LIBE del Parlamento europeo<sup>49</sup>, documenti che sul punto perseguono l'allineamento tra la nozione europea di favoreggiamento e quella internazionale di traffico di migranti dettata dal Protocollo di Palermo. Obiettivo, quest'ultimo, che tuttavia non sembrano idonei a raggiungere fino in fondo, tenuto conto che l'ambito di applicazione del

---

*The new Commission proposal in the light of the Kinshasa litigation*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2024, vol. 15, pp. 3-1.

45. Regolamento (UE) 2025/2611 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2025, che modifica il regolamento (UE) 2016/794 per quanto riguarda il potenziamento del sostegno di Europol e il rafforzamento della cooperazione di polizia per prevenire e combattere il traffico di migranti e la tratta di esseri umani. Per un'approfondita analisi, ancorché relativa alla proposta formulata dalla Commissione, v. S. Tas, F. Patanè, *Proposal for a regulation on police cooperation to counter migrant smuggling and human trafficking. Targeted substitute impact assessment*, European Parliamentary Research Service, Feb. 2025.

46. Cfr., *ex multis*, R. Landry, *The "humanitarian smuggling" of refugees. Criminal offence or moral obligation?*, in *Working paper series n. 119*, Refugee Study Center - Oxford, 2016; Carrera et al., *Fit for Purpose?*, cit., p. 64; V. Mitsilegas, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2019, pp. 77-81.

47. A proposito del quale v. K. Arrouche, A. Fallone, L. Vosyliūtė, *Between politics and inconvenient evidence: Assessing the Renewed EU Action Plan against migrant smuggling*, CEPS Policy Brief, Dec. 2021.

48. Council of the European Union, Brussels, 29 November 2024 (OR. en), 15916/1/24 REV 1 LIMITE, p. 27. Si tratta del documento noto come "*General approach*", che si inserisce nei negoziati su una proposta di riforma a titolo di prima opinione del Consiglio.

49. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 26 March 2025, 2023/0439(COD), p. 25.

Protocollo riguarda la criminalità organizzata, mentre la nuova Direttiva detta un obbligo di criminalizzazione comprensivo di condotte occasionali e individuali<sup>50</sup>.

Malgrado lo sforzo di restringere la nozione di favoreggiamento, la proposta formulata dalla Commissione non ha preso in considerazione la raccomandazione, proveniente da numerosi studiosi e osservatori indipendenti<sup>51</sup>, di rendere obbligatoria per gli Stati l'introduzione di una causa di esclusione della responsabilità per le condotte umanitarie. Ed anzi, persino la mera facoltà di prevedere siffatta esimente, oggi prevista dall'art. 1, par. 2 della Direttiva, è stata spostata dalla definizione di favoreggiamento al preambolo della Direttiva, scelta puntualmente censurata come un "regresso" dallo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sui difensori dei diritti umani<sup>52</sup>, ma ciononostante avallata dal Consiglio<sup>53</sup>. In base a quanto si apprende dallo stesso preambolo, la rimozione della clausola dalla parte precettiva del testo troverebbe fondamento nella considerazione che il problema della sovracriminalizzazione sarebbe stato risolto, a monte, introducendo i poc'anzi richiamati elementi costitutivi di cui alle lettere (a) e (b)<sup>54</sup>. Questo argomento, tuttavia, non convince, per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché le specificazioni di cui alle lettere (a) e (b) – peraltro, come visto, non richieste ai fini del reato di pubblica istigazione – non appaiono da sole sufficienti a evitare che vengano criminalizzate attività di agevolazione finalizzate a tutelare i diritti fondamentali dei migranti. Si può pensare, a titolo d'esempio: quanto alla lettera (a), all'assistenza legale prestata a richiedenti asilo dietro retribuzione, ovvero all'offerta di un alloggio dietro pagamento di un canone di locazione; quanto alla lettera (b), a una piccola imbarcazione che si trovi a soccorrere decine di migranti in condizioni meteorologiche avverse, ponendo così in pericolo anche il proprio equipaggio, ovvero a un pastore o a un escursionista che accompagnino un richiedente asilo attraverso un pericoloso sentiero di montagna, per evitare che si smarrisca e che venga intercettato dalle autorità di frontiera dalle quali è già stato in precedenza respinto. La circostanza che alcune di queste attività possano ricadere in cause di giustificazione o altre esimenti comuni rintracciabili negli ordinamenti degli Stati membri non elimina, anzi semmai acuisce, le incertezze sui confini della punibilità, stanti le differenze intercorrenti tra i codici penali nazionali in punto di esimenti, e in ogni caso stante la necessità di accertarne la sussistenza nel corso di un processo, condizione già di per sé idonea a scoraggiare in maniera generalizzata – secondo il già evocato schema del *chilling effect* – l'assistenza a stranieri privi di documenti di ingresso.

In secondo luogo, e soprattutto, perché la Direttiva detta norme di armonizzazione, dunque recanti obblighi minimi di criminalizzazione, rispetto ai quali gli Stati non solo rimangono liberi di introdurre fattispecie incriminatrici più estese, ma – questo è il punto – rimangono altrettanto liberi di lasciare in vigore le fattispecie esistenti, adottate sulla base del *Facilitators package*; soluzione quest'ultima che non è difficile prevedere la maggior

---

50. Per questa osservazione, v. *Impact assesment* commissionato dal Parlamento UE in sostituzione di quello della Commissione, come già evidenziato assente nella procedura di riforma in esame: V. Moreno-Lax, *Targeted substitute impact assessment*, March 2025, p. 7.

51. Cfr. S. Carrera et al., *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 update*, cit., p. 110; C.M. Ricci, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package'*, in V. Mitsilegas, V. Moreno-Lax, N. Vavoula, *Securitisng Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Brill, 2020, p. 52.

52. UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, *Response to the proposal by the European Commission for a Directive to update the Facilitators Package*, cit., p. 3.

53. Cfr. Council of the European Union, Brussels, 29 November 2024, cit., p. 3.

54. In questo senso il considerando n. 7 della proposta di Direttiva.

parte dei legislatori riterrà preferibile<sup>55</sup>. Viceversa, laddove la nuova Direttiva contenesse l'obbligo di prevedere una causa di giustificazione *ad hoc* per le attività umanitarie, come in effetti suggerito dai commentatori della proposta<sup>56</sup>, i legislatori sarebbero chiamati ad attivarsi per introdurla. Inoltre, laddove la clausola fosse formulata in termini sufficientemente precisi, un'eventuale inerzia nazionale nella sua implementazione potrebbe essere compensata, dopo la scadenza del termine di recepimento, mediante la diretta applicazione della clausola stessa da parte dei giudici comuni, secondo lo schema dell'effetto diretto. Il consolidarsi di una giurisprudenza favorevole potrebbe, nel medio e lungo termine, scoraggiare financo *l'avvio* di indagini destinate ad essere archiviate per infondatezza della *notitia criminis*, in questo modo interrompendo *ab origine* il *chilling effect* generato dalla criminalizzazione delle attività di soccorso, umanitarie o a vantaggio di famigliari, realizzate da singoli individui o da organizzazioni umanitarie.

Da quanto si evince dai negoziati in corso, il legislatore europeo non sembra intenzionato a emendare la proposta della Commissione introducendo l'obbligo di prevedere una clausola umanitaria. Ecco allora che, laddove la riforma entrasse in vigore nella versione attuale, la Carta dei diritti fondamentali sarebbe comunque a nostro parere chiamata a giocare un ruolo centrale nel ridefinirne, in via interpretativa, l'ambito di applicazione, restringendolo in funzione di tutela dei diritti fondamentali suscettibili di essere di volta in volta compressi dalla criminalizzazione, esattamente come accade oggi per il *Facilitators package*. E la stessa funzione interpretativa conserverebbe rispetto alle norme penali attuatrici della nuova Direttiva, specialmente laddove, come prevedibile, si trattasse delle stesse norme già adottate per attuare il *Facilitators package*.

## 10. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare come delitto *disfunzionale* alla protezione delle frontiere. Una proposta abolizionista

Una volta compreso che la disciplina sul favoreggiamento – nazionale ed europea, presente e futura – non si colloca in un *vacuum* giuridico, bensì all'interno di una cornice di diritti fondamentali di rango sovraordinato, è giocoforza concludere che la stessa sia destinata a subire un progressivo ridimensionamento, in corrispondenza del presentarsi di nuovi casi – come in effetti già accaduto dinanzi al Tribunale di Verona<sup>57</sup> – suscettibili di mettere in luce profili di sproporzione diversi quello inerente alla specifica vicenda qui esaminata.

Varrebbe allora forse la pena interrogarsi sul senso di mantenere in vigore una disciplina che, almeno sulla carta, risulta formulata in maniera eccessivamente ampia, tanto da richiedere il costante impegno dell'interprete nel ritagliare tutto ciò che deborda dai contorni della proporzionalità. La domanda ci pare meritevole di seria considerazione non solo per le sue immediate ed evidenti implicazioni sulla tutela dei diritti fondamentali, ma anche perché sposta l'attenzione su un profilo che è rimasto tutto sommato in ombra nel dibattito contemporaneo: quello dell'*efficacia* della criminalizzazione rispetto al dichiarato obiettivo di proteggere le frontiere<sup>58</sup>. Profilo che invece meriterebbe, a nostro avviso,

55. In questo senso, G. Sanchez, *The Facilitation Proposal*, cit., p. 12.

56. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, cit., p. 26; Moreno-Lax, *Targeted substitute impact assessment*, cit., p. 81; UN Special Rapporteur, cit., p. 4.

57. V. *supra*, par. 8.1.

58. Circostanziati dubbi sull'efficacia della disciplina vigente sono sollevati, da ultimo, nel rapporto del Mixed Migration Centre, *How smuggling really works*, cit., pp. 39-40.

maggiore attenzione, non foss'altro che in ragione della sua prevedibilmente maggiore capacità di attrarre consensi. Si consideri, per inciso, che anche il sindacato sull'efficacia della norma penale (o dell'obbligo di criminalizzazione da cui discende), può essere ricondotto nel giudizio di proporzionalità, segnatamente al test relativo all'idoneità della norma penale al raggiungimento dell'obiettivo perseguito<sup>59</sup>.

La convinzione, sottesa all'attuale area della punibilità, secondo cui un reato dalle maglie così strette, capace cioè di intercettare qualunque forma di agevolazione, garantisca prestazioni migliori in termini di contrasto all'immigrazione irregolare, appare a un più attento esame del tutto illusoria: e ciò per la semplice, ma decisiva, considerazione che pretendendo di reprimere indistintamente ogni condotta agevolatrice – inclusa, fino a ieri, quella di una giovane donna che tenta di varcare la frontiera insieme alla figlia e alla nipote minorenni – inevitabilmente si sottraggono risorse umane e materiali al contrasto delle forme *più gravi* di traffico di migranti, tali perché caratterizzate da modalità predatorie, ovvero (ma spesso i due aspetti collimano) perché gestite da reti organizzate, in grado di muovere numeri significativi di persone. È invero alla disarticolazione di queste reti che punta, almeno nelle intenzioni originarie, il Protocollo di Palermo del 2000. La definizione di *migrant smuggling* in esso racchiusa – pur ulteriormente migliorabile – risulta infatti ispirata alla selezione di un numero circoscritto di condotte, quelle cioè che alimentano il *mercato nero* della clandestinità e che statisticamente si accompagnano a violenze e abusi. La scelta di non colpire le altre forme di agevolazione fu, all'epoca, consapevole, e venne infatti esplicitata nei lavori preparatori<sup>60</sup>. Fermo restando che, come accade rispetto a qualunque mercato nero, l'unico autentico rimedio consisterebbe nel legalizzare l'attività proibita (nel nostro caso, introdurre vie di accesso regolare in Europa), laddove si intendesse proseguire lungo la strada della penalizzazione occorrerebbe farlo con strumenti il più possibile efficaci, o quantomeno non palesemente disfunzionali all'obiettivo che si dichiara di perseguire.

È in questa prospettiva che, ad avviso di chi scrive, occorrerebbe avviare un serio dibattito sull'opportunità di depenalizzare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nella sua forma base (quello cioè previsto, in Italia, dall'art. 12, comma 1, TU imm.), arricchendo la fattispecie con elementi quali la costrizione e l'ottenimento di un ingiusto profitto, secondo lo schema dell'estorsione<sup>61</sup>. Si tratterebbe di una riforma che, allo stato attuale, potrebbe comportare una violazione del *Facilitators package*; ma che in caso di approvazione della nuova Direttiva potrebbe invece rappresentarne una delle possibili forme di attuazione.

---

59. In questo senso R.A. Duff, *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?*, in E. Billis, N. Knust, J. Petter Rui (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart, 2001, p. 41.

60. Cfr. UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 2006, in [www.unodc.org](http://www.unodc.org), p. 469: «The reference to “a financial or other material benefit” as an element of the definition in subparagraph (a) was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties. It was not the intention of the protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations».

61. Per il completo sviluppo di questa proposta, sia consentito rinviare nuovamente a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 413 ss.

## 11. Una disciplina sotto scacco. Rilievi conclusivi

La sentenza *Kinsa* apre prospettive inedite, nel panorama giurisprudenziale nazionale ed europeo, ai fini della ridefinizione in via interpretativa dell'area della punibilità per condotte agevolatrici dell'immigrazione irregolare in Europa. Sul piano delle fonti, la svolta si colloca nell'individuazione dell'art. 52 della Carta come parametro di legittimità delle scelte di criminalizzazione, nonché nell'esplicito riconoscimento del potere in capo al giudice nazionale di interpretare in maniera conforme, ovvero disapplicare, la norma penale attuatrice del *Facilitators package* suscettibile di comprimere un diritto soggettivo previsto dalla Carta stessa in maniera sproporzionata. Sul piano della prassi, ciò significa inaugurare una nuova e più pervasiva stagione per il sindacato diffuso sulle fattispecie incriminatrici del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e della permanenza di stranieri irregolari, funzionale a ridurre la capacità espansiva e in ultima analisi a sterilizzarne gli effetti sovra-criminalizzanti. Analoghe considerazioni possono essere formulate, sin d'ora, rispetto alla disciplina che scaturirà dai negoziati sulla nuova Direttiva, posto che anche quest'ultima, come visto, andrà incontro alle medesime limitazioni imposte dalla Carta.

Certo, come anticipato in apertura del presente lavoro, non si può negare che la sentenza lasci l'amaro in bocca nella misura in cui, riformulando i quesiti pregiudiziali, di fatto si sottragga al compito di pronunciarsi sul tema della criminalizzazione della solidarietà in senso lato. Eppure, è importante evidenziare come l'approccio senza dubbio prudente adottato dai giudici di Lussemburgo non si risolva mai, in nessun passaggio della sentenza, in una riduzione di *contenuto* dei diritti fondamentali. Al contrario, questi ultimi vengono interpretati e applicati in chiave estensiva, ancorché con specifico riguardo al caso di colui o colei che introduca irregolarmente sul territorio uno straniero di cui abbia la responsabilità, ribadendone – questo il punto – la netta prevalenza rispetto all'esigenza di proteggere le frontiere nazionali. In questa prospettiva, la sentenza *Kinsa* si presta ad essere letta più come un punto di partenza che come un punto di arrivo. Depurata dalle specificità del caso di specie, essa pone infatti *tutte* le premesse, giuridiche e metodologiche, di cui i giudici nazionali avranno bisogno per ricollocare le norme penali sul favoreggiamento nel quadro della Carta dei diritti fondamentali, correggendo in via interpretativa o attraverso la disapplicazione gli eccessi punitivi della disciplina vigente e, prevedibilmente, di quella destinata a venire.

Allo stesso tempo, e per le medesime ragioni, la sentenza lancia un implicito monito ai legislatori, europeo e nazionale: la disciplina sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, per come è oggi formulata sulla carta, è posta sotto scacco della Carta dei diritti fondamentali. A loro tocca, adesso, la prossima mossa.