

LA CRIMINALIZZAZIONE DELL'AIUTO UMANITARIO E I LIMITI DELLA
REPRESSIONE PENALE NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA:
TRA ESIGENZE DI CONTROLLO MIGRATORIO
E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Donatella Del Vescovo *

Corte di giustizia, 3 giugno 2025, causa C-460/23 [Kinsa]

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.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Fatti costitutivi della vicenda *Kinsa*: arresto, documenti falsi e fuga per motivi umanitari – 3. Il *Facilitators Package*: inquadramento normativo, profili applicativi e criticità sistemiche – 4. La qualificazione giuridica del favoreggiamento umanitario nella giurisprudenza nazionale – 5. La funzione delle Corti europee nel bilanciamento tra controllo dei confini e diritti umani – 6. Il ruolo (non vincolante) dell'Avvocato generale: analisi critica delle Conclusioni in contrasto con la pronuncia della Corte – 7. La Corte e il favoreggiamento dell'immigrazione: evoluzione interpretativa e innovazione concettuale – 8. Bilanciamento tra repressione del favoreggiamento e tutela della solidarietà nella proposta di direttiva UE: un'analisi critica – 9. Prospettive evolutive del diritto penale europeo dell'immigrazione: dalla pronuncia *Kinsa* alla riconfigurazione dell'impianto normativo.

* Professore associato in Diritto dell'Unione Europea, Università di Bari.



1. – L'architettura normativa dell'Unione Europea in materia di contrasto all'immigrazione irregolare ha raggiunto negli ultimi decenni un elevato grado di complessità sistematica, cristallizzandosi nel cosiddetto *Facilitators Package*, costituito dalla direttiva 2002/90/CE del Consiglio¹ e dalla decisione quadro 2002/946/GAI². Tale corpus normativo impone agli Stati membri l'obbligo di tipizzazione penale di qualsiasi forma di assistenza finalizzata all'ingresso, al transito o al soggiorno irregolare di cittadini di Stati terzi³, prescindendo dall'elemento soggettivo del fine di lucro e rimettendo alla mera discrezionalità nazionale la previsione di clausole di esenzione per motivi umanitari⁴.

L'impianto normativo in esame, lungi dal configurarsi quale strumento neutrale di regolamentazione, si è progressivamente rivelato fonte di tensioni strutturali con il sistema assiologico dell'Unione, generando implicazioni sistematiche per la tutela dei diritti fondamentali tanto dei migranti quanto dei soggetti che prestano assistenza umanitaria⁵. La questione ha raggiunto il suo apice giurisprudenziale con la causa C-460/23 *Kinsa*, sulla quale la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata tramite rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Bologna⁶.

Il caso *Kinsa* si configura quale prima contestazione diretta della legittimità costituzionale del *Facilitators Package* sotto il profilo della sua compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento unionale⁷.

La questione pregiudiziale investe specificamente la conformità dell'obbligo generalizzato di incriminazione e della facoltativa previsione della scriminante umanitaria ai parametri costituzionali europei, con particolare riferimento ai principi di dignità umana, libertà di circolazione e solidarietà

¹ Dir. 2002/90, del 28 novembre 2002, recante definizione di "favoreggiamento" ai fini dell'applicazione dell'articolo 1 della decisione quadro 2002/946/GAI in g.u.u.e., L 328, 5.12.2002, 17–20.

² Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa alla lotta contro il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in g.u.u.e., L 328, 5.12.2002, 1–4.

³ Cfr. art. 1, par. 1, dir. 2002/90.

⁴ Cfr. art. 1, par. 2, dir. 2002/90; sul carattere facoltativo della clausola umanitaria v. *infra*, § 2.1.

⁵ V. S. Carrera, E. Guild, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 45 ss.

⁶ Ceg., 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*, non ancora pubblicata in Raccolta; per una prima analisi v. B. Nascimbene, *Il caso Kinsa e la criminalizzazione dell'assistenza umanitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, 678 ss.

⁷ Cfr. S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 4th ed., Oxford, 2016, 234.

sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁸.

La rilevanza sistematica del pronunciamento trascende la dimensione processuale del singolo caso, investendo la ridefinizione dell'equilibrio tra istanze securitarie e tutela dei diritti fondamentali nel contesto delle politiche migratorie europee⁹.

La sentenza rappresenta un'evoluzione paradigmatica nella giurisprudenza penalistica europea in materia migratoria, delineando un orientamento ermeneutico che subordina le finalità punitive all'imperativo costituzionale di salvaguardia dei diritti fondamentali. L'argomentazione giurisprudenziale, pur preservando l'impianto strutturale del *Facilitators Package*, opera una riconfigurazione sostanziale della sua portata applicativa attraverso un'interpretazione sistematica orientata ai principi fondamentali dell'ordinamento europeo.

Il ragionamento della Corte stabilisce un principio di non contraddizione tra la disciplina penale del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e i diritti inviolabili sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con particolare riferimento al *best interest of the child* (art. 24), al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7) e al diritto di asilo (art. 18). L'orientamento giurisprudenziale afferma che la normativa *anti-smuggling* deve necessariamente conformarsi ai parametri costituzionali sovranazionali, escludendo dall'ambito di punibilità condotte che, seppur formalmente configurabili come favoreggiamento, risultino funzionalmente connesse all'esercizio di diritti fondamentali.

Nel caso *de quo*, la Corte ha precisato che la presentazione di domanda di protezione internazionale da parte del soggetto configura una condizione impeditiva dell'applicazione delle sanzioni penali per ingresso irregolare, determinando un'immunità *ratione materiae* fondata sulla prevalenza del diritto fondamentale alla protezione internazionale rispetto alle istanze repressive dell'ordinamento penale nazionale.

L'esito del giudizio pregiudiziale è suscettibile di inaugurare una revisione critica del paradigma repressivo che ha orientato l'azione normativa europea nel settore, restituendo centralità al principio di proporzionalità *ex* articolo 52, paragrafo 1 della Carta e aprendo prospettive interpretative maggior-

⁸ Artt. 1, 12 e 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in G.u.u.e., C 326, 26.10.2012, 391.

⁹ Cfr. E. Guild, S. Carrera, *Criminalising Humanitarian Assistance: The Politics of Criminalisation and Decriminalisation in the EU*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 25, 2023, 156 ss.

mente conformi ai valori fondanti dell'Unione ¹⁰.

Il presente studio si propone di sviluppare un'analisi critica della normativa europea relativa alla penalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con specifico focus sull'inclusione delle condotte di assistenza umanitaria non lucrativa nel perimetro della rilevanza penale. L'indagine si articola lungo quattro direttrici metodologiche fondamentali.

In primo luogo, si procederà alla ricostruzione sistematica del quadro normativo vigente, incentrato sul *Facilitators Package*, al fine di delineare l'obbligo di criminalizzazione gravante sugli Stati membri e di evidenziare le ambiguità definitorie che caratterizzano la tipizzazione delle condotte punibili ¹¹. Tale analisi metterà in luce come l'originaria finalità di contrasto alle organizzazioni criminali dedite al traffico di migranti si sia progressivamente estesa sino a ricomprendere forme di solidarietà disinteressata, generando un fenomeno di sovra-incriminazione ¹².

In secondo luogo, l'indagine esaminerà la legittimità costituzionale di tali estensioni punitive mediante il prisma dei principi di proporzionalità e necessità sanciti dall'articolo 52, paragrafo 1 ¹³ della Carta dei diritti fondamentali ¹⁴. Si dimostrerà come l'inclusione degli atti umanitari non lucrativi nel perimetro della rilevanza penale configuri una compressione ingiustificata di diritti fondamentali quali la dignità umana, la libertà personale e il di-

¹⁰ Si v. K. Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *European Law Review*, vol. 44, 2019, 23 ss.

¹¹ V. Moreno-Lax, *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights*, in *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, 440 ss.

¹² Cfr. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon*, Oxford, 2016, 189 ss.

¹³ L'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce le condizioni alle quali possono essere imposte limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla Carta. Il testo recita: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate solo se sono necessarie e rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". In sintesi, le limitazioni ai diritti fondamentali devono: essere previste dalla legge; rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà; essere necessarie e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito; perseguire finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o proteggere i diritti e le libertà altrui. Questo articolo è fondamentale per bilanciare la protezione dei diritti fondamentali con le esigenze di interesse generale all'interno dell'Unione europea.

¹⁴ Cfr. V. Trstenjak, E. Beysen, *The Principle of Proportionality in European Law*, in *German Law Journal*, vol. 14, 2013, 1365 ss

ritto al rispetto della vita familiare¹⁵, in violazione del principio di proporzionalità e del nucleo essenziale dei diritti garantiti¹⁶.

In terzo luogo, il saggio si concentrerà sull'individuazione di orientamenti interpretativi idonei a garantire un'applicazione del diritto dell'Unione conforme ai parametri costituzionali europei da parte delle autorità nazionali¹⁷ e sovranazionali. In tale prospettiva, particolare rilievo assumerà l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di delineare i limiti e le condizioni entro cui risulta legittima la sanzione penale di condotte riconducibili all'assistenza prestata a cittadini di Stati terzi in posizione irregolare¹⁸.

Scopo ultimo della ricerca è analizzare in che modo la pronuncia della Corte nella causa *Kinsá*, attraverso un equilibrato bilanciamento tra le esigenze di controllo dei flussi migratori e la tutela effettiva dei diritti fondamentali, abbia contribuito a un'applicazione della normativa europea più coerente con i valori di dignità, solidarietà e rispetto della persona umana, che costituiscono i fondamenti assiologici dell'ordinamento giuridico dell'Unione¹⁹.

2. – All'arrivo presso l'aeroporto di Bologna, una cittadina congolese veniva sottoposta a controllo e tratta in arresto per aver esibito documenti di identità risultati falsi, intestati a sé e a due minori – rispettivamente sua figlia e sua nipote – che la accompagnavano.

Alla donna veniva contestata la violazione dell'art. 12, comma 1, del Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998)²⁰, per aver posto in essere

¹⁵ Cfr. P. Craig, G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 7th ed., Oxford, 2020, 412 ss.

¹⁶ Cfr. J.A.González Vega, *The Core of Fundamental Rights in EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 17, 2021, 58 ss.

¹⁷ Cfr. S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2nd ed., Oxford, 2005, 234 ss.

¹⁸ Per una panoramica v. K. Hailbronner, D. Thym, (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, 2nd ed., Munich, 2016, 1234 ss.

¹⁹ A. Von Bogdandy, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, vol. 16, 2010, 95 ss.

²⁰ L'art. 12, comma 1, del Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) disciplina il reato di favoreggiamento dell'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato. La norma punisce chiunque, in violazione delle disposizioni del Testo Unico, compia atti diretti a favorire l'ingresso nel territorio italiano di uno straniero privo dei requisiti richiesti per l'accesso. Più precisamente, il comma 1 prevede quanto segue: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente Testo Unico, compie atti diretti a favorire l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero in condizione di irregolarità è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona". Questa formulazione attribuisce rilevanza penale a qualunque condot-

atti idonei a procurare l'ingresso irregolare delle due minori nel territorio dello Stato.

L'imputata, nel corso delle indagini preliminari, ha riferito di aver agito in una situazione di emergenza, determinata da gravi minacce di morte rivolte a lei e ai suoi familiari da parte dell'ex compagno.

Tale circostanza conferisce alla vicenda una connotazione umanitaria che pone in discussione la legittimità di un'applicazione automatica della sanzione penale. Se, infatti, la *ratio* dell'incriminazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare consiste nella repressione di condotte finalizzate al profitto illecito mediante lo sfruttamento di migranti vulnerabili, risulta problematico assimilare a tale paradigma comportamenti dettati da esigenze di necessità e dalla volontà di tutelare l'incolumità di minori, in assenza di alcun fine lucrativo²¹.

Nel corso del giudizio di merito, la difesa dell'imputata ha sollevato rilevanti questioni di compatibilità tra la disciplina interna – che, nel recepire la direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI, omette di distinguere tra condotte animate da finalità lucrative e atti mossi da intenti solidaristici o umanitari – e i criteri di proporzionalità e necessità sanciti dall'art. 52, paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, è stato posto l'accento sulla potenziale violazione del principio secondo cui ogni restrizione all'esercizio dei diritti fondamentali deve risultare adeguata, necessaria e strettamente proporzionata rispetto agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla normativa dell'Unione.

Tale rilievo processuale ha indotto il Tribunale di Bologna a interrogarsi criticamente sull'ambito applicativo e sulla *ratio* effettiva del cosiddetto *Facilitators Package*.

Se, infatti, la finalità perseguita dal legislatore europeo con la criminalizzazio-

ta diretta a facilitare l'ingresso illegale, anche senza finalità di lucro, sebbene i commi successivi (in particolare il comma 2) aggravino la pena nel caso in cui il fatto sia commesso per trarne profitto, anche indiretto. La norma è oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto per quanto riguarda l'eventuale punibilità di condotte ispirate a finalità umanitarie o solidaristiche. Sui profili penalistici e la loro interpretazione giurisprudenziale si v. A. Spena, *Criminalizzazione della solidarietà e finalità punitive: un'analisi dell'art. 12 T.U. Immigrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 89; S. Zirulia, *Il confine tra favoreggiamento e solidarietà: profili di responsabilità penale nella gestione dei flussi migratori*, in *Cassazione penale*, 2021, 56.

²¹ In merito ad un inquadramento generale del diritto penale dell'immigrazione si v. G. De Vero, *Diritto penale dell'immigrazione*, Torino, 2021; AA.VV., M. Gialuz e A. Cadoppi (a cura di), *Migrazioni e diritto penale*, Torino, 2020;

ne del favoreggiamento dell'ingresso irregolare è quella di contrastare reti organizzate che traggono profitto dallo sfruttamento dei migranti, appare difficilmente giustificabile un'interpretazione normativa che estenda il medesimo regime sanzionatorio a condotte prive di scopo lucrativo e animate da finalità umanitarie, come la tutela dell'incolumità di minori esposti a gravi pericoli²².

In tale prospettiva, il rinvio pregiudiziale promosso dalla difesa non si esaurisce in un mero conflitto interpretativo tra fonti, ma assume la più ampia valenza di una richiesta di bilanciamento: da un lato, l'esigenza degli Stati membri di contenere i fenomeni migratori irregolari; dall'altro, l'obbligo – sancito dal diritto dell'Unione e, in particolare, dalla Carta dei diritti fondamentali – di assicurare una protezione effettiva alle persone in condizione di vulnerabilità, evitando indebite compressioni del nucleo essenziale dei diritti fondamentali.

²² Sulla portata e le implicazioni del fenomeno di c.d. "criminalizzazione della solidarietà", si v. C. Favili, *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in *Diritti Umani e diritto internazionale*, 1/2021, 85 ss.; S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2020, 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, 2022, 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., 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 *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2023, 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, 2018, 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, 2020, 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, 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, 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, 2020, 34-56; K. Arruche, A. Fallone, L. Vosyliūtė, *Between Politics and Inconvenient Evidence*, in *CESP Policy Brief*, n. 1.2021, 1-19; L. Vosyliūtė, C. Conte, *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, in *RESOMA*, 2019, 4-51; J. Allsopp, *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017, 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, 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, 309-325.

3. – Per la prima volta, il giudice di Lussemburgo è chiamato dunque a valutare la validità degli obblighi di incriminazione derivanti dal combinato disposto della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI – strumenti normativi noti congiuntamente come *Facilitators Package* – che impongono agli Stati membri di sanzionare penalmente le condotte di favoreggiamento dell'ingresso, del transito o del soggiorno irregolare di cittadini di Paesi terzi²³.

Nello specifico la direttiva 2002/90/CE introduce la definizione delle fattispecie penali relative all'ingresso, al transito e al soggiorno illegali, mentre la decisione quadro 2002/946/GAI disciplina sanzioni penali uniformi e promuove la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri.

Un aspetto particolarmente controverso del *Facilitators Package* risiede nella sua formulazione volutamente generica, che attribuisce un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nell'attuazione e interpretazione delle disposizioni penali. In assenza di una clausola obbligatoria di esclusione per le condotte umanitarie, gli Stati hanno pertanto potuto adottare approcci punitivi che non distinguono sufficientemente tra atti criminali e iniziative di solidarietà civile²⁴.

Tale assetto normativo ha prodotto rilevanti disomogeneità nell'attuazione da parte degli Stati membri, determinando in alcuni casi una applicazione troppo estesa delle norme penali anche in assenza di finalità lucrative o di partecipazione a reti criminali²⁵.

Questo è avvenuto in Italia, dove il recepimento del pacchetto europeo si è concretizzato nell'art. 12 del d.lgs. n. 286/1998²⁶, che nello specifico san-

²³ Per una prospettiva europea e comparata si v. G. Pistorio, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare tra diritto europeo e ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, 45; M. Renzi, *Solidarietà e diritto penale dell'Unione europea: l'interpretazione delle direttive in materia di immigrazione irregolare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 98.

²⁴ S. Carrera, E. Guild, *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings: Policy dilemmas in the EU*. CEPS Paper in *Liberty and Security in Europe*, 2016, 3/45.

²⁵ FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 2014.

²⁶ Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'art. 12 del d.lgs. n. 286/1998 – in particolare sulla punibilità delle condotte di assistenza umanitaria e sull'interpretazione conforme ai principi costituzionali ed europei – è molto ampio. In merito si v. P. Morozzo della Rocca, *Solidarietà e diritto penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2019; F. Viganò, *La criminalizzazione dell'assistenza umanitaria agli stranieri: il diritto penale alla prova della solidarietà*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017; A. Cadoppi, *La penalizzazione dell'aiuto umanitario ai migranti irregolari: tra diritto e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 78.

zione penalmente ogni condotta idonea a procurare l'ingresso o il soggiorno illegale di uno straniero, con la sola eccezione – piuttosto restrittiva – per gli interventi effettuati in condizioni di necessità e senza scopo di lucro²⁷.

Il quesito pregiudiziale sollevato dal giudice italiano si concentra in particolare, come già detto, sulla legittimità dell'incriminazione delle condotte di chi, in assenza di finalità lucrative, favorisca l'ingresso o il transito irregolare di migranti a fini esclusivamente umanitari. In tale prospettiva, viene sollecitata una valutazione della compatibilità di tale previsione sanzionatoria con la Carta, e in specie con il parametro costituito dall'art. 52, paragrafo 1, il quale consente la limitazione dei diritti fondamentali solo laddove essa sia prevista dalla legge, rispetti il contenuto essenziale dei diritti e sia proporzionata rispetto agli obiettivi di interesse generale perseguiti.

Per comprendere dunque appieno la portata del rinvio, è opportuno richiamare il quadro normativo internazionale di riferimento. Il *Facilitators Package*, a una prima lettura, sembrerebbe porsi in linea di continuità con gli obblighi derivanti dal Protocollo delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di migranti via terra, mare e aria (Protocollo di Palermo), adottato nel 2000 e in vigore dal 2004²⁸. Quest'ultimo strumento impone agli Stati parte

²⁷ A. Spena, *Criminalizzazione della solidarietà e finalità punitive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n.3.

²⁸ Il Protocollo di Palermo, adottato nel 2000 sotto l'egida delle Nazioni Unite, rappresenta una delle principali risposte della comunità internazionale al fenomeno del traffico illecito di migranti. Si tratta di uno dei tre protocolli aggiuntivi alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, e prende il nome proprio dalla città siciliana in cui fu aperto alla firma. L'obiettivo del Protocollo è duplice: da un lato, contrastare con decisione le reti criminali che lucrano sull'immigrazione irregolare; dall'altro, garantire un trattamento umano e rispettoso dei diritti fondamentali alle persone vittime di questo traffico. Secondo il testo del Protocollo, il traffico illecito di migranti consiste nell'organizzare, a scopo di profitto, l'ingresso irregolare di una persona in uno Stato di cui non è cittadino né residente. In altre parole, non si tratta semplicemente di "immigrazione irregolare", ma di un'attività criminale strutturata, spesso transnazionale, che sfrutta le vulnerabilità di persone in cerca di una vita migliore. Uno degli aspetti più importanti del Protocollo è la sua chiara distinzione tra migranti e trafficanti. Mentre questi ultimi devono essere perseguiti penalmente, le vittime del traffico non devono essere criminalizzate per il solo fatto di essere entrate illegalmente in un Paese. Al contrario, gli Stati firmatari sono chiamati a garantire la loro protezione, offrendo assistenza umanitaria e tutelando i loro diritti. Il Protocollo promuove anche una stretta cooperazione tra i Paesi, incoraggiando lo scambio di informazioni, il rafforzamento dei controlli alle frontiere e la distruzione dei mezzi utilizzati per il traffico – come imbarcazioni non sicure o documenti falsificati. Entrato in vigore nel gennaio 2004, il Protocollo di Palermo è stato ratificato da oltre 150 Stati, tra cui l'Italia.

di sanzionare penalmente la condotta di chi “procura, 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” (*migrant smuggling*). In sostanza elemento qualificante della fattispecie di *migrant smuggling*, ai sensi del Protocollo²⁹, è dunque la presenza del dolo specifico: il fine di profitto, inteso in senso ampio, infatti rappresenta un elemento essenziale della condotta penalmente rilevante³⁰.

La *ratio* dell'incriminazione risiede, pertanto, nella volontà di contrastare lo sfruttamento economico o materiale della condizione di vulnerabilità del migrante da parte del soggetto attivo del reato. Questa impostazione, coerente con l'obiettivo generale di contrastare la criminalità organizzata transnazionale, consente di delimitare l'ambito del penalmente rilevante alle sole condotte connotate da un concreto disvalore sociale.

Tale delimitazione comporta, per converso, l'esclusione dall'area della rilevanza penale delle condotte mosse da motivazioni umanitarie o da legami familiari con il migrante, in quanto prive del requisito soggettivo del fine di profitto. Ne emerge un bilanciamento tra le esigenze di repressione e la tutela dei diritti individuali, coerente con gli standard internazionali in materia.

La disciplina introdotta dal *Facilitators Package*, tuttavia, si discosta in modo significativo da questa impostazione. In particolare, la direttiva 2002/90/CE non esige, ai fini della configurabilità del reato, la sussistenza di un fine di lucro, consentendo (e talora imponendo) agli Stati membri l'incriminazione anche delle condotte di favoreggiamento prive di tale carattere, comprese quelle realizzate per fini umanitari. È proprio questa divergenza sistemica che alimenta i dubbi del giudice del rinvio circa la compatibilità del-

²⁹ Il termine *migrant smuggling*, ai sensi del Protocollo di Palermo, si riferisce a una specifica forma di criminalità transnazionale organizzata. Secondo l'articolo 3 del Protocollo, per *migrant smuggling* si intende: “il procurare, al fine di trarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte del quale tale persona non è cittadino né residente permanente”. È fondamentale distinguere tra *migrant smuggling* e *human trafficking*. Lo *smuggling* riguarda l'ingresso illecito, con il consenso del migrante, e termina con l'arrivo a destinazione. La tratta, invece, implica coercizione, inganno o abuso, e il controllo sulla persona prosegue anche dopo l'arrivo, spesso per sfruttamento lavorativo o sessuale.

³⁰ 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, 2008, pp. 75-99.

la disciplina eurounitaria con la Carta.

A ben vedere, la disgiunzione tra i due regimi normativi non si esaurisce sul piano tecnico, ma riflette visioni profondamente diverse in merito alla funzione della repressione penale. Mentre il Protocollo di Palermo si inserisce nella logica del contrasto al crimine organizzato transnazionale, il *Facilitators Package* sembra rispondere a finalità eminentemente pragmatiche, volte al contenimento dei flussi migratori e alla protezione dei confini esterni dell'Unione³¹. Tale finalità, per quanto legittima in sé, non può tuttavia giustificare l'adozione di misure sanzionatorie che compromettano in modo sproporzionato l'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, come il diritto alla dignità, alla libertà personale, alla solidarietà, e alla vita familiare³².

In questo senso, l'ordinanza del Tribunale di Bologna apre una prospettiva critica sulla compatibilità della normativa europea con i parametri di legittimità costituzionale propri dell'ordinamento unionale.

La Corte di giustizia è chiamata pertanto ad esaminare se l'obbligo di incriminazione imposto agli Stati membri dal *Facilitators Package*, privo di un criterio vincolante per l'introduzione di una scriminante umanitaria, ecceda i limiti di proporzionalità sanciti dall'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, incidendo sul nucleo essenziale dei diritti inviolabili³³.

In particolare, occorrerà approfondire se l'adozione di una disciplina penale indiscriminata – che sanziona non soltanto le reti criminali finalizzate al profitto, ma anche chi presta aiuto per ragioni esclusivamente umanitarie o familiari – configuri una compressione ingiustificata dei parametri costituzionali europei.

Inoltre, la vaghezza terminologica della nozione di “condotta umanitaria” e l'assenza di una definizione vincolante a livello comunitario compromette

³¹ In merito ai Protocolli di Palermo si v. tra i più A. Mattarella, A. Balsamo, R. Tartaglia, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Torino, 2020; L. Goisis, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 1 ss; G. Palmisano, *Il contrasto al traffico di migranti clandestini dal punto di vista del diritto internazionale*, Fagnano Alto, 2008; G. Carlin, *Traffico e trasporto di migranti: il Protocollo internazionale firmato a Palermo*, in *Affari sociali internazionali*, 2001/4, 155 ss.

³² Cfr. S. Palidda, *Politiche europee e repressione della solidarietà*, in L. Perini (a cura di), *Migrazioni e diritti*, Milano, 2021.

³³ Si veda anche la giurisprudenza Ceg. in tema di sovraincrimazione e principio di effettività, ad es. sentenza *Åkerberg Fransson* (C-617/10) del 26 febbraio 2013.

la coerenza dell'armonizzazione penale europea, vanificando lo scopo originario di garantire uniformità e certezza del diritto in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare³⁴.

4. – Prima di procedere all'esame della pronuncia in oggetto, appare necessario delineare il quadro giurisprudenziale interno agli ordinamenti nazionali, caratterizzato da una crescente tensione dialettica tra l'applicazione *stricto sensu* delle fattispecie penali incriminatrici e l'esigenza sistematica di salvaguardare un ambito di non punibilità per le condotte solidaristiche. Tale tensione si manifesta con particolare evidenza nei procedimenti penali a carico di organizzazioni non governative operanti nel settore del *search and rescue* marittimo e dell'assistenza ai migranti in condizioni di vulnerabilità, dove l'interpretazione letterale degli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ha determinato il rischio di una sostanziale criminalizzazione delle attività umanitarie disinteressate³⁵.

La giurisprudenza nazionale ha così evidenziato l'inadeguatezza delle categorie penalistiche tradizionali a disciplinare fenomeni complessi caratterizzati dalla compresenza di elementi formalmente riconducibili alle fattispecie incriminatrici e di finalità altruistiche costituzionalmente protette. L'applicazione meccanica dei parametri normativi esistenti ha infatti generato un'antinomia sistematica tra il principio di legalità penale, che impone l'applicazione tassativa delle norme incriminatrici, e i principi costituzionali di solidarietà sociale e tutela della dignità umana, creando un *vulnus* nell'ordinamento giuridico.

Il rischio è quello di una delegittimazione della funzione solidaristica della società civile, con effetti dissuasivi e intimidatori verso operatori umanitari, cittadini attivi e realtà religiose impegnate nell'accoglienza³⁶.

Nello specifico l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 12 del Testo Unico sull'immigrazione, nella sua stretta connessione con le disposizioni del *Facilitators Package*, evidenzia una tensione costante tra la necessità di contra-

³⁴ G. Pistorio, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, 345.

³⁵ P. Morozzo della Rocca, *Solidarietà e diritto penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2019, 78.

³⁶ PICUM, *The EU Facilitators' Package. Brussels: Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants*, 2017.

stare efficacemente il traffico illecito di migranti e l'esigenza di preservare uno spazio di liceità per le iniziative di solidarietà ³⁷.

L'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione ha inizialmente adottato un'interpretazione estensiva della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, affermando il principio secondo cui la messa a disposizione di un alloggio in favore di un cittadino straniero in posizione irregolare integra gli estremi del reato di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 286/1998.

La *ratio decidendi* della Corte si fonda sulla qualificazione giuridica della condotta di ospitalità come comportamento oggettivamente idoneo a consolidare e perpetuare la permanenza irregolare sul territorio nazionale, prescindendo dall'elemento soggettivo del fine di lucro. Secondo tale orientamento, l'offerta di sistemazione abitativa configura una forma di agevolazione materiale che, indipendentemente dalle motivazioni altruistiche del soggetto agente, produce l'effetto giuridico di facilitare la protrazione della condizione di irregolarità migratoria.

L'approccio ermeneutico della Cassazione si caratterizza pertanto per l'adozione di un criterio oggettivistico nella valutazione della condotta, che identifica nell'idoneità causale dell'azione di favorire la permanenza irregolare l'elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, relegando ad aspetto meramente accessorio la natura disinteressata dell'intervento solidaristico. Tale interpretazione determina una sostanziale irrilevanza penale delle finalità umanitarie, subordinando la liceità della condotta esclusivamente alla conformità formale ai parametri normativi della disciplina migratoria.

Questa interpretazione, confermata dalla sentenza n. 17033/2009 ³⁸, ha limitato notevolmente la distinzione tra reti criminali e forme di solidarietà informale, riducendo lo spazio di manovra per chi voleva invocare l'assenza di un interesse economico.

Tuttavia, la stessa Corte ha dovuto confrontarsi con situazioni di improvvisa emergenza, come il soccorso in mare, dove l'operazione di salvataggio costituisce un dovere primario e un obbligo internazionale. In proposito, con

³⁷ F. Gatta, *La solidarietà sotto accusa: profili critici del diritto penale dell'immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, 98.

³⁸ Cass. s.u. 27-5-2009, n. 17033.

la sentenza n. 22389/2013³⁹ si è affermato che, nel caso di un marinaio che soccorre migranti privi di documenti e li conduce in salvo senza fini di lucro, la condotta rientra pur sempre nel reato di favoreggiamento ai sensi dell'art. 12, comma 1. Nonostante ciò la Corte ha considerato la natura umanitaria del gesto quale elemento attenuante concreto, precisando che la valutazione del "favorire" non può prescindere dall'assenza di un contesto criminale e dall'intento esclusivamente umanitario.

Con questo orientamento, la giurisprudenza ha introdotto una prima apertura teorica verso una modulazione della pena, consentendo di distinguere tra soggetti mossi da scopi criminali e veri "soccorritori" impegnati nel salvataggio di vite in pericolo.

Nel prosieguo, la Corte di Cassazione si è ulteriormente orientata a privilegiare la funzione umanitaria delle ONG. Infatti nella sentenza n. 27553/2015⁴⁰, relativa a un'organizzazione non governativa accusata di aver trasportato migranti dalla Libia alle coste italiane senza titolo valido, la Corte ha ribadito che, benché la finalità di lucro non sia elemento costitutivo necessario del reato di favoreggiamento, è comunque essenziale valutare la condotta complessiva alla luce dell'emergenza umanitaria e dell'effettiva assenza di connessioni con reti di sfruttamento. Solo in presenza di entrambe queste condizioni si può riconoscere l'esclusione dalla punibilità *ex art. 12, comma 2-bis*.

Nel 2018, con la sentenza n. 48325/2018, la Corte ha consolidato questo orientamento, definendo la figura del "soccorritore puro"⁴¹. Nel caso in esame, un volontario di un'associazione umanitaria, coinvolto nello sbarco di migranti soccorsi in acque internazionali, era stato condannato in primo e secondo grado per favoreggiamento. La Cassazione, però, ha riformato la sentenza di merito, affermando che il mero svolgimento di operazioni di salvataggio in mare, in assenza di qualsiasi collegamento con organizzazioni criminali e senza fine di lucro, non integra il reato di favoreggiamento. Perciò, a patto che il giudice di merito accerti l'assenza di connivenze e motivazioni lucrative, deve applicarsi l'esimente di cui al comma 2-bis dell'art. 12.

In tal modo, si è stabilito un equilibrio tra l'esigenza di reprimere effica-

³⁹ Cass. s.u. 26-3-2013, n. 22389.

⁴⁰ Cass. s.u. 18-6-2015, n. 27553.

⁴¹ Cass. s.u. 20-11-2018, n. 48325.

cemente il favoreggiamento illecito e quella di garantire che ogni intervento di solidarietà non lucrativa sia debitamente valutato, preservando così uno spazio giuridico in cui l'azione umanitaria, correttamente motivata e circoscritta nei suoi presupposti, possa ritenersi lecita.

La dialettica tra l'obbligo di recepimento delle direttive europee e la salvaguardia dei diritti fondamentali ha trovato la sua espressione più significativa nell'intervento delle Corti costituzionali di diversi Stati membri, tra cui la Corte costituzionale italiana, il Bundesverfassungsgericht tedesco e il Conseil constitutionnel francese.

Tali organi di giustizia costituzionale sono stati chiamati a dirimere conflitti normativi nei quali l'applicazione meccanica del diritto derivato europeo in materia migratoria determinava una lesione sproporzionata dei diritti inviolabili delle persone migranti in situazione di particolare vulnerabilità. L'intervento delle Corti supreme ha evidenziato l'esistenza di un potenziale contrasto tra il principio del primato del diritto europeo e i controlli costituzionali nazionali, particolarmente nei casi in cui l'automatica trasposizione delle direttive UE comportava una compressione dei diritti fondamentali incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale comparata ha così delineato un orientamento interpretativo che subordina l'efficacia diretta del diritto europeo alla verifica di conformità ai parametri costituzionali nazionali, affermando la necessità di un bilanciamento proporzionato tra l'esigenza di uniformità dell'ordinamento sovranazionale e la tutela dei diritti inviolabili della persona. Tale approccio ha contribuito a definire i limiti dell'integrazione europea in materia di diritti fondamentali, tracciando le coordinate di un dialogo tra Corti che privilegia la tutela multilivello dei diritti rispetto alla mera applicazione gerarchica delle norme europee.

In ciascuno di questi Paesi emerge infatti una comune consapevolezza: l'azione umanitaria nei confronti di migranti in situazioni di pericolo non può essere equiparata a una condotta finalizzata al profitto illecito, pena l'erosione dei presidi costituzionali più rilevanti, a partire dalla dignità umana.

Tuttavia, le modalità con cui le Corti hanno raggiunto questa conclusione e la misura di discrezionalità attribuita ai legislatori nazionali mostrano differenze significative, riflettendo varie declinazioni dei principi di ragionevolezza,

proporzionalità e protezione dei “*core content*” dei diritti inviolabili⁴².

In Germania, ad esempio, la normativa sull’immigrazione (*Aufenthaltsgesetz*, artt. 95–96⁴³) prevedeva originariamente una pena fino a tre anni di reclusione per chiunque “aiutasse” un migrante straniero a entrare o permanere irregolarmente nel territorio federale, senza distinzione tra finalità lucrative e motivazioni solidaristiche⁴⁴.

Di fronte alle pressioni derivanti dall’obbligo di recepimento della direttiva 2002/90/CE, si era dunque creato un *vulnus*: la norma, infatti, nel perseguire in modo indiscriminato il favoreggiamento, rischiava di criminalizzare anche le operazioni di soccorso marittimo o di sostegno a rifugiati in transito, atti che, per loro natura, erano mossi esclusivamente da finalità umanitarie.

Nel 2019, la Corte costituzionale federale tedesca⁴⁵ è intervenuta sull’applicazione automatica dell’art. 96 della “Legge tedesca sul soggiorno, l’attività lavorativa e l’integrazione degli stranieri nel territorio federale”, il quale prevede sanzioni penali per chi favorisce l’ingresso o il soggiorno illegale di cittadini stranieri in Germania. In particolare, la Corte è stata chiamata a valutare se una lettura estensiva di questa norma, che includeva anche atti di soccorso umanitario, fosse compatibile con i principi fondamentali della Costituzione tedesca.

I giudici costituzionali hanno chiarito che un’interpretazione automatica e generalizzata dell’art. 96, tale da criminalizzare ogni forma di assistenza prestata

⁴² Il concetto di “*core content*” (o nucleo essenziale) dei diritti inviolabili si riferisce a quella parte fondamentale e irrinunciabile di un diritto che deve essere sempre garantita e protetta, indipendentemente dalle circostanze. Questo nucleo rappresenta l’essenza stessa del diritto, la sua componente più intima e imprescindibile, che non può essere sacrificata nemmeno in nome di altri interessi pubblici o collettivi.

⁴³ L’art. 95 si occupa principalmente di chi entra o soggiorna illegalmente, nonché di violazioni di ordini di espulsione/divieto d’ingresso e di inadempienze a obblighi procedurali. L’art. 96 incrimina chi favorisce o agevola consapevolmente l’entrata o la permanenza irregolare di terzi, con pene più severe se il favoreggiamento è ripetuto, a vantaggio di molteplici soggetti o realizzato dietro compenso. Questi due articoli, insieme, delimitano l’ambito dei reati connessi all’immigrazione irregolare in Germania: il primo punisce il comportamento del migrante o del soggetto che si trattiene senza permesso, mentre il secondo mira a colpire chi agisce da intermediario o facilitatore del flusso clandestino.

⁴⁴ Sul testo originario del § 96 *AufenthG* che assimilava l’aiuto umanitario a quello profittevole, cfr. *Deutscher Bundestag, Gesetz zur Neuregelung des Aufenthalts - und Asylrechts* (2003).

⁴⁵ Il Bundesverfassungsgericht, noto in italiano come Corte costituzionale federale tedesca, è l’organo di vertice incaricato di garantire la tutela e l’applicazione del *Grundgesetz* (la Legge Fondamentale) nella Repubblica Federale di Germania.

a persone prive di titolo di soggiorno, risulterebbe inaccettabile. Una simile applicazione, infatti, rischierebbe di penalizzare anche gesti ispirati a motivazioni puramente umanitarie, come il soccorso in mare o l'assistenza sanitaria di emergenza.

La Corte ha sottolineato che tale interpretazione contrasterebbe gravemente con i valori fondanti della Legge fondamentale tedesca, in particolare con l'articolo 1, che tutela la dignità umana, e con l'articolo 2, che garantisce il diritto alla vita e all'integrità fisica⁴⁶. Secondo i giudici, nessuna esigenza repressiva o di ordine pubblico può giustificare la compressione di questi diritti essenziali. Ne consegue che lo Stato tedesco deve adottare un approccio equilibrato: può certamente contrastare l'immigrazione illegale, ma senza colpire indiscriminatamente chi agisce per motivi umanitari e senza finalità lucrative.

Da qui è scaturita l'adozione della tecnica della *Rechtsfortbildung*⁴⁷: invece di dichiarare l'art. 96 nullo, il *BVerfG* ha imposto un'interpretazione restrittiva che escludesse la punibilità delle condotte umanitarie, purché fosse provato che l'assistenza non fosse animata da alcuna logica di profitto. In tal modo si è cercato di salvaguardare il nucleo essenziale dei diritti inviolabili, ribadendo che il valore supremo della dignità umana non può essere compressa nemmeno da un obbligo europeo, dal momento che il *Grundgesetz*⁴⁸,

⁴⁶ Il *Grundgesetz* (noto in italiano come "Legge Fondamentale") è la legge costituzionale che regola l'assetto politico, giuridico e istituzionale della Repubblica Federale di Germania. Entrato in vigore il 23 maggio 1949, in un primo tempo doveva avere carattere provvisorio – destinato a sostituire una futura Costituzione completa – ma, a seguito della riunificazione del 1990, è diventato la carta fondamentale definitiva che unisce sia la parte occidentale che la Germania dell'Est. Nel suo insieme, il *Grundgesetz* rappresenta il pilastro sui quali si fondano i valori democratici, lo Stato di diritto, il federalismo e la tutela dei diritti individuali in Germania.

⁴⁷ La *Rechtsfortbildung* (letteralmente "sviluppo del diritto") è una metodologia giurisdizionale tipica del sistema tedesco che consente alla giurisprudenza, e in particolare alla Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*), di "completare" o "correggere" una norma legislativa attraverso una lettura interpretativa conforme ai principi costituzionali, anziché annullarla in toto. In altri termini, anziché pronunciare la nullità di una disposizione ritenuta incostituzionale (*Verfassungswidrigkeit*), il giudice applica una interpretazione restrittiva o "additiva" che esclude dall'ambito di applicazione della norma le fattispecie contrarie ai valori fondamentali sanciti dalla Costituzione federale (*Grundgesetz*).

⁴⁸ Il *Grundgesetz* (noto in italiano come "Legge Fondamentale") è la legge costituzionale che regola l'assetto politico, giuridico e istituzionale della Repubblica Federale di Germania. Entrato in vigore il 23 maggio 1949, in un primo tempo doveva avere carattere provvisorio – destinato a sostituire una futura Costituzione completa – ma, a seguito della riunificazione del 1990, è diventato la carta fondamentale definitiva che unisce sia la parte occidentale che la Germania dell'Est. Nel suo insieme, il *Grundgesetz* rappresenta il pilastro sui quali si fondano i valori democratici, lo Stato di diritto, il federa-

nella sua clausola di eternità (art. 79, comma 3⁴⁹), si pone al di sopra del diritto secondario UE⁵⁰.

Anche in Francia si è posta una questione analoga a quella affrontata in Germania. L'articolo L. 622-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA)⁵¹, nella versione introdotta dalla legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018⁵², aveva infatti esteso la punibilità penale anche a coloro che offrivano assistenza o supporto logistico a migranti irregolari, indipendentemente dalla presenza di un fine di lucro. Tale norma, ispirata alle linee guida del *Facilitators Package* europeo, non prevedeva alcuna eccezione per gli atti motivati da finalità umanitarie.

Il Conseil constitutionnel è tuttavia intervenuto, ritenendo che l'assenza

lismo e la tutela dei diritti individuali in Germania.

⁴⁹ L'articolo 79 del *Grundgesetz* (GG) disciplina le modalità di modifica della Legge Fondamentale. In particolare, il comma 3 (paragrafo 3) introduce quella che viene comunemente chiamata la "clausola d'eternità" (*Ewigkeitsklausel*), ossia il divieto di alterare alcuni principi fondamentali della Costituzione.

⁵⁰ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1966/14, decisione del 30 settembre 2015, in cui il *BVerfG* afferma la preminenza dei diritti fondamentali GG sugli obblighi UE potenzialmente in contrasto con l'art. 1 e 2 GG.

⁵¹ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), l'art. L. 622-1, introdotto dalla Loi n. 2018-778 del 10 settembre 2018 recita: "Chiunque, mediante aiuto diretto o indiretto, abbia agevolato o tentato di agevolare l'ingresso, il transito o il soggiorno irregolari di uno straniero in Francia è punito con la reclusione fino a cinque anni, e con una multa di 30.000 €. È punito con le stesse pene chiunque, a prescindere dalla propria nazionalità, commetta il reato definito nel primo comma del presente articolo mentre si trovi sul territorio di uno Stato parte della Convenzione firmata a Schengen il 19 giugno 1990 diverso dalla Francia. È punito con le stesse pene chiunque abbia agevolato o tentato di agevolare l'ingresso, il transito o il soggiorno irregolari di uno straniero sul territorio di un altro Stato parte della Convenzione firmata a Schengen il 19 giugno 1990. È punito con le stesse pene chiunque abbia agevolato o tentato di agevolare l'ingresso, il transito o il soggiorno irregolari di uno straniero sul territorio di uno Stato parte del Protocollo contro il traffico illecito di migranti via terra, aria e mare, aggiuntivo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, firmato a Palermo il 12 dicembre 2000.

⁵² La legge francese n. 2018-778, promulgata il 10 settembre 2018 e nota con il titolo ufficiale "*Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*", si propone di riorganizzare in modo organico l'intero sistema dell'immigrazione e dell'asilo in Francia. Fin dall'inizio, il testo esplicita un duplice obiettivo: da un lato, imporre una più rigorosa regolazione dei flussi migratori, con l'intento di ridurre i tempi di esame delle domande e rafforzare i controlli alle frontiere; dall'altro, garantire un diritto d'asilo effettivo, cioè tanto più rapido quanto più attento alle garanzie procedurali, e infine assicurare un'integrazione concreta degli stranieri regolarmente soggiornanti attraverso corsi di lingua e percorsi civici.

di una distinzione esplicita tra favoreggiamento a scopo di lucro e aiuto prestato per ragioni solidaristiche costituisca un eccesso rispetto alla delega legislativa. Secondo la Corte, questa mancanza violava il principio di *fraternité*, riconosciuto come uno dei valori fondanti della Repubblica, e comprimeva diritti fondamentali garantiti dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (DDHC) del 1789, in particolare gli articoli 6 e 10⁵³.

La Corte ha osservato che una tale formulazione impediva in concreto ogni manifestazione di solidarietà verso persone in grave stato di bisogno, andando così contro il principio di uguaglianza (art. 6 DDHC) e il diritto – morale e giuridico – di prestare soccorso a chi si trova in necessità. Pur non essendo vincolato in modo diretto dall'articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il Conseil ha richiamato i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, facendo leva sull'articolo 55 della Costituzione francese, che riconosce valore superiore alle convenzioni internazionali. Di conseguenza, il Conseil ha dichiarato incostituzionale la parte della norma che non distingueva in modo chiaro tra comportamenti motivati da interessi economici e atti di solidarietà umana. Ha quindi imposto al legislatore di modificare il CESEDA, prevedendo espressamente l'esclusione dalla punibilità per chi agisce con finalità umanitarie.

In Italia, il dibattito si è sviluppato su binari simili già a partire dalle sentenze n. 18/2013 e n. 84/2018 della Corte costituzionale. L'art. 12 del Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998), nel comma 3, prevedeva la punizione di chiunque agevolasse l'ingresso o il soggiorno di migranti irregolari senza operare alcuna distinzione in base alle motivazioni solidaristiche. Con la sentenza n. 18/2013⁵⁴, la Corte ha affermato che una norma penale che colpisce condotte prive di pericolosità sociale richiede un duplice scrutinio: un controllo di ragionevolezza, affinché il disvalore perseguito corrisponda a un interesse pubblico effettivo, e un controllo di proporzionalità, per evitare compressioni ingiustificate del nucleo fondamentale dei diritti (artt. 2 e 3 Cost.). Successivamente, con la sentenza n. 84/2018⁵⁵, la Corte ha dichiara-

⁵³ Conseil constitutionnel, decisione n. 2018-765 QPC del 12 luglio 2018, che ha dichiarato incostituzionale l'art. L. 622-1 CESEDA nella parte in cui non distingueva tra scopi di lucro e iniziative di solidarietà.

⁵⁴ Corte cost., 22-1-2013, n. 18.

⁵⁵ Corte cost., 8-5-2018, n. 84, in particolare, sul tema della nozione di «fine esclusivamente umanitaria».

to incostituzionale il comma 3 dell'art. 12 nella parte in cui non escludeva le condotte a fini esclusivamente umanitari, ritenendole sovraincristinate e in contrasto con gli obblighi di interpretazione conforme al diritto UE (art. 117 Cost.) e ai principi costituzionali di dignità e solidarietà.

La posizione italiana dunque, pur condividendo con la Francia e la Germania l'obiettivo di difendere la solidarietà umanitaria, differisce per la tecnica utilizzata: laddove il *BVerfG* preferisce la *Rechtsfortbildung* e il Conseil adotta la declaratoria di incostituzionalità, la Corte costituzionale italiana ha alternato interpretazioni conformi e censure dirette, sulla base di un controllo di compatibilità sia con la Costituzione (artt. 2, 3 e 117) sia con le direttive UE.

Le differenze emergono soprattutto nel grado di intervento richiesto al giudice e nel perimetro della discrezionalità legislativa.

Nel sistema tedesco, il Bundesverfassungsgericht ha dimostrato una maggiore disponibilità a mantenere in vigore la norma penale, purché il suo ambito applicativo venga circoscritto mediante integrazione giurisprudenziale (*Rechtsfortbildung*⁵⁶): in altre parole, la Corte non è stata riluttante a salvare l'intero dispositivo legislativo, imponendo però ai giudici di merito di escludere la sanzionabilità di chi assista i migranti con fini esclusivamente umanitari.

Al contrario, la Corte costituzionale italiana e il Conseil constitutionnel francese hanno adottato un approccio più rigoroso: non essendo possibile un'interpretazione conforme che concili la norma con la protezione dei diritti fondamentali, hanno optato per una lettura restrittiva delle deleghe internazionali, giungendo a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che non introducono sin dall'origine un'esenzione esplicita per finalità solidaristiche.

In tal modo, mentre in Germania si privilegia la salvaguardia formale dell'impianto legislativo, in Italia e in Francia si è preferito neutralizzare alla radice ogni estensione punitiva che potesse nuocere ai principi di dignità e fraternità.

Nonostante queste differenze di metodo, il nucleo critico dell'argomentazione resta comune: la criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non può estendersi alle condotte di aiuto mosse da fini so-

⁵⁶ L'integrazione giurisprudenziale (in tedesco, *Rechtsfortbildung*) è quel processo attraverso il quale il giudice, in sede di decisione di un caso concreto, colma lacune normative o chiarisce ambiguità di una disposizione di legge, contribuendo così allo sviluppo del diritto. In altre parole, laddove il legislatore non abbia dato disciplina esauriente o si riscontri un vuoto normativo, la giurisprudenza «integra» la norma, precisandone il contenuto o tracciando criteri interpretativi vincolanti per i casi futuri.

lidaristici, in quanto ciò comporterebbe un'inaccettabile compressione del diritto alla dignità, alla vita e alla fraternità.

In un'ottica critica, si può osservare che l'unico vero discrimine giuridico deve riferirsi alle finalità del comportamento. Ove l'atto sia chiaramente finalizzato al lucro, risponde a interessi incompatibili con la dimensione solidaristica; viceversa, se la prestazione di aiuto nasce da esigenze umanitarie, l'interesse costituzionale a preservare la vita e la dignità delle persone vulnerabili prevale sull'obiettivo securitario.

Questo principio, infatti, rispecchia la concezione moderna del diritto penale come *extrema ratio*, che relativizza la repressione al fine di evitare sovraincriminzioni che non trovino fondamento nel concreto disvalore sociale.

5. –Un'adeguata comprensione della sentenza *Kinsa* richiede, in via preliminare, uno sguardo anche al contesto sovranazionale entro cui essa si colloca, caratterizzato dal ruolo fondamentale delle giurisdizioni europee – in particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). Queste due giurisdizioni, pur muovendosi su piani distinti – il diritto dell'Unione da un lato, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo dall'altro – contribuiscono entrambe al bilanciamento tra le esigenze di controllo dei flussi migratori e la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Nel diritto dell'Unione, l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali costituisce il punto di ancoraggio per qualsiasi limitazione – ivi incluso l'uso del diritto penale nei confronti dei facilitatori di migrazione irregolare.

La giurisprudenza consolidata della CGUE ha tracciato negli ultimi anni una linea interpretativa sempre più netta circa il rapporto tra le politiche migratorie degli Stati membri e la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza. In particolare, attraverso decisioni come *Elgafaji* (C-465/07)⁵⁷, *NS* (C-411/10)⁵⁸ e *X, Y e Z* (C-199/12)⁵⁹, la Corte ha evidenziato che l'azione normativa e amministrativa in materia di immigrazione non

⁵⁷ Ceg. 17 febbraio 2009, C-465/07, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, ECLI:EU:C:2009:94.

⁵⁸ Ceg. 21 dicembre 2011, C-411/10, *N.S. e altri c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2011:865.

⁵⁹ Ceg. 7 novembre 2013, C-199/12, unito con C-200/12 e C-201/12, *X, Y e Z v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, ECLI:EU:C:2013:720.

può prescindere dall'applicazione del principio di proporzionalità, il quale costituisce uno degli assi portanti dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Tale principio non ha natura meramente formale, ma impone un controllo sostanziale sulla compatibilità degli strumenti legislativi con i diritti fondamentali. In particolare, esso esige che ogni misura restrittiva adottata dagli Stati membri risponda a tre requisiti cumulativi: deve essere idonea al raggiungimento dello scopo perseguito, necessaria nel senso che non esistano alternative meno lesive, e proporzionata in senso stretto, cioè non eccessivamente gravosa rispetto agli effetti che produce.

Nell'ambito delle politiche migratorie, ciò si traduce nella necessità di verificare se le disposizioni, anche penali, adottate per contrastare l'immigrazione irregolare siano compatibili con il contenuto essenziale dei diritti garantiti dalla Carta.

La CGUE ha sottolineato in più occasioni che tra questi diritti vi sono alcuni valori assoluti, non comprimibili neppure in presenza di esigenze di ordine pubblico. Primo fra tutti, il diritto alla dignità umana (art. 1 della Carta), che rappresenta il fondamento stesso del sistema dei diritti europei. A esso si affiancano, in materia migratoria, il diritto alla vita privata e familiare (art. 7), il diritto d'asilo (art. 18) e la protezione contro l'allontanamento collettivo e contro il rischio di trattamenti inumani o degradanti (art. 19).

L'applicazione automatica di norme che impongano il rimpatrio o la penalizzazione dell'aiuto prestato a migranti irregolari può dunque entrare in conflitto diretto con queste garanzie.

Benché non vi fosse stata fino ad oggi, una pronuncia esplicita della Corte sul trattamento penale delle condotte di assistenza umanitaria, numerosi elementi facevano propendere per una lettura che imponesse agli Stati membri un obbligo di salvaguardia effettiva dei diritti protetti. In questo senso, un'importante conferma proveniva da quella che la dottrina aveva definito "approccio *system-oriented*" della CGUE⁶⁰, sviluppatosi in ambiti apparentemente diversi ma accomunati dallo stesso principio di fondo: l'impossibili-

⁶⁰ L'approccio "system-oriented" nelle sentenze citate si caratterizza per il fatto di valutare non tanto l'effetto della normativa o dell'accordo sui singoli casi concreti, quanto l'impatto complessivo sul sistema di tutela dei diritti fondamentali (in particolare, diritto alla protezione dei dati personali). In altre parole, la Corte di giustizia dell'UE, anziché concentrarsi esclusivamente su un'astratta verifica formale o su un'analisi meramente individuale, indaga se l'insieme delle garanzie offerte (o la loro mancanza) risulti incompatibile con i principi generali del diritto UE, a tutela di tutti i cittadini.

tà di giustificare compressioni generalizzate dei diritti fondamentali sulla base di scelte legislative discrezionali.

Sentenze come *Digital Rights Ireland* (C-293/12 e C-594/12)⁶¹, *Schrems I* (C-362/14)⁶² e *Schrems II* (C-311/18)⁶³ hanno stabilito in modo inequivocabile che, anche nei settori a forte contenuto politico e tecnico (come la sicurezza o la protezione dei dati), la discrezionalità statale incontra un limite invalicabile nella garanzia dell'essenza dei diritti.

Nel medesimo solco si collocano le pronunce *Elgafaji* e *NS*, in cui la Corte ha riconosciuto che l'allontanamento di soggetti vulnerabili verso Paesi in cui rischiano trattamenti contrari alla dignità umana o alla vita familiare è incompatibile con il diritto dell'Unione. Questi precedenti consolidano un'interpretazione orientata alla tutela effettiva della persona e impongono agli interpreti nazionali di adottare letture restrittive delle norme che rischiano di colpire condotte ispirate a principi solidaristici.

In sostanza, l'evoluzione giurisprudenziale della CGUE ha mostrato una crescente attenzione verso la necessità di conciliare le esigenze di controllo migratorio con la salvaguardia dei diritti fondamentali. Ciò implica un rafforzamento del dovere, in capo agli Stati membri, di adottare interpretazioni e prassi legislative che tengano conto della vulnerabilità delle persone coinvolte e che non criminalizzino indebitamente la solidarietà.

Questa linea interpretativa della CGUE non si sviluppa in isolamento, ma si inserisce in un più ampio contesto europeo di tutela dei diritti fondamentali, in cui anche la Corte EDU svolge un ruolo determinante.

La Corte EDU ha a più riprese chiarito che le misure penali non possono comprimere in modo eccessivo i diritti protetti dal suo impianto, specie quando si tratta di condotte guidate da motivazioni umanitarie o familiari.

Nel caso *Hirsi Jamaa* e altri c. Italia (2012)⁶⁴, sebbene la questione prin-

⁶¹ Ceg. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung e Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2014:238.

⁶² Ceg. 6 ottobre 2015, C-362/14, *Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650.

⁶³ Ceg. 16 luglio 2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner / Maximilian Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559.

⁶⁴ Cedu. 23 febbraio 2012, n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Nel maggio 2009, 24 migranti di origine somala ed eritrea, partiti dalla Libia su imbarcazioni dirette verso l'Italia, furono intercettati in acque internazionali da navi militari italiane. Senza essere identificati né informati sulla loro destinazione, furono trasferiti su navi italiane e riportati a Tripoli, dove furono consegnati alle autorità

principale riguardasse il respingimento in acque internazionali, la Corte ha ribadito il principio secondo cui gli Stati sono vincolati all'obbligo *non-deportation* (*non-refoulement*) e non possono trasferire persone verso un luogo in cui rischiano trattamento inumano o degradante (art. 3 CEDU). Ciò implica, sul piano processuale, che le autorità nazionali debbano astenersi dall'applicare misure penali che possano tradursi in effetti sfavorevoli sul diritto all'integrità fisica o mentale delle persone vulnerabili in transito.

Analogamente, nella sentenza *Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia* (2008)⁶⁵, la Corte ha sancito che il diritto di agire secondo necessità morale o familiare – qualora dimostrato – non può automaticamente essere ritenuto illecito, e che la punizione penale deve tenere conto delle ragioni profonde che spingono una persona a favorire l'ingresso o il soggiorno di un familiare in situazioni di emergenza.

Un altro caso emblematico in tal senso è *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁶⁶, nel quale la Corte ha condannato entrambi gli Stati per la violazione dell'art. 3 CEDU, a causa delle condizioni inumane e degradanti cui era stato sottoposto un richiedente asilo afgano durante il suo trasferimento dalla Grecia al Belgio nell'ambito del sistema Dublino. In particolare, la Corte ha sottolineato che, anche nell'attuazione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, gli Stati restano pienamente vincolati al rispetto dei diritti fondamentali san-

libiche. I ricorrenti sostennero che tale respingimento li espose al rischio di trattamenti inumani e degradanti in Libia e di ulteriori rimpatri forzati nei loro Paesi d'origine, dove avrebbero potuto subire persecuzioni. La Corte ha sottolineato che, anche operando in acque internazionali, l'Italia esercitava giurisdizione sui migranti a bordo delle sue navi e, pertanto, era tenuta a garantire i diritti previsti dalla Convenzione. Il respingimento è stato considerato una espulsione collettiva, effettuata senza una valutazione individuale delle situazioni dei migranti.

⁶⁵ Cedu. 16 dicembre 2008, n. 23883/06, *Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*. I ricorrenti, una coppia di origine irachena con tre figli, vivevano in un appartamento in affitto a Stoccolma. Avevano installato un'antenna parabolica per ricevere programmi televisivi in arabo dal loro Paese d'origine. Il contratto di locazione vietava l'installazione di antenne esterne senza autorizzazione. A seguito del rifiuto di rimuovere l'antenna, il proprietario decise di non rinnovare il contratto di locazione, portando all'espulsione della famiglia dall'appartamento. La Corte ha ritenuto che questa misura costituisca una violazione del diritto dei ricorrenti a ricevere informazioni, sottolineando l'importanza per una famiglia immigrata di mantenere il contatto con la cultura e la lingua del proprio Paese d'origine. La Corte ha inoltre osservato che non vi erano alternative realistiche per accedere a tali informazioni e che l'antenna non rappresentava un pericolo per la sicurezza. Pertanto, l'interferenza non era "necessaria in una società democratica" e risultava sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.

⁶⁶ Cedu. 21 gennaio 2011, n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

citi dalla Convenzione. Il principio affermato è chiaro: nessuna esigenza di controllo dei flussi migratori può giustificare pratiche che determinano trattamenti disumani o che negano l'accesso effettivo alla protezione.

L'importanza della pronuncia risiede non solo nella sua applicazione concreta, ma anche nell'affermazione di un principio sistemico: gli Stati non possono invocare obblighi internazionali o sovranazionali per eludere le responsabilità derivanti dalla CEDU, soprattutto nei confronti di soggetti vulnerabili.

La giurisprudenza di Strasburgo evidenzia quindi che la nozione di "necessità" (anche morale) e di "legittima aspettativa di protezione" devono trovare adeguato spazio nel bilanciamento con gli interessi pubblici di sicurezza e di controllo dei confini.

Sebbene operino su piani giurisdizionali distinti dunque, sia la CGUE che la Corte EDU mostrano, in realtà, significative convergenze interpretative. Entrambe le Corti riconoscono che la solidarietà verso persone in stato di necessità e il rispetto della dignità umana rappresentano principi fondamentali che impongono limiti invalicabili alla criminalizzazione delle condotte di aiuto. In questo senso, l'attenuazione – o, nei casi più gravi, l'esclusione – della rilevanza penale per gli atti ispirati da finalità umanitarie non deve essere letta come una concessione eccezionale o una deroga all'obbligo di contrastare l'immigrazione irregolare. Al contrario, essa costituisce un elemento imprescindibile per garantire che le politiche migratorie e gli strumenti repressivi adottati dagli Stati si mantengano entro un quadro giuridico coerente con i valori fondanti dell'ordinamento europeo e con gli standard di tutela elaborati a livello sovranazionale.

Entrambe le Corti riconoscono la centralità della dignità umana e della vita come limiti invalicabili all'azione statale nel contrasto all'immigrazione irregolare. Tuttavia, mentre la CGUE si muove in un'ottica di armonizzazione "elastica", interpretando la clausola umanitaria della direttiva 2002/90/CE come facoltativa e lasciando margini di discrezionalità agli Stati membri, la CEDU impone un vincolo assoluto di rispetto degli articoli 3 CEDU e 4 Protocollo n. 4, escludendo ogni forma di respingimento collettivo privo di valutazione individuale.

La principale divergenza risiede dunque nella natura giuridica degli obblighi: discrezionali nel contesto unionale, cogenti e inderogabili nel sistema convenzionale. La CGUE si limita a guidare il legislatore penale nazionale,

sollecitando un controllo di proporzionalità nei casi di aiuto umanitario, mentre la CEDU impone obblighi operativi immediati nella gestione delle frontiere e nelle prassi di polizia.

Anche i testi di riferimento sono differenti: la CGUE basa le sue valutazioni sulla Carta dei diritti fondamentali, il cui art. 52, paragrafo 1 impone un rigoroso test di proporzionalità, mentre la Corte EDU osserva l'oggetto e lo scopo della Convenzione, in particolare l'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani), l'articolo 8 (vita privata e familiare) e l'articolo 14 (divieto di discriminazione), talvolta con una maggiore attenzione al contesto fattuale e alle circostanze personali dei singoli ricorrenti.

Ciò può determinare differenze nelle soluzioni applicative: ad esempio, un caso di un soccorritore che trasporti clandestinamente un minore in condizione critica potrebbe incontrare soglie diverse di comprensione o di giustificazione tra Lussemburgo e Strasburgo, a seconda dei pesi attribuiti ai vari interessi in gioco.

La combinazione delle decisioni delle due Corti in sostanza ha segnato l'avvio di un processo di "armonizzazione dal basso" delle norme penali in materia migratoria, teso a garantire che la repressione svolga un'effettiva funzione preventiva nei confronti delle reti criminali ma allo stesso tempo non abbia un'effetto deterrente sulle attività di assistenza umanitaria.

L'effetto combinato delle più recenti pronunce delle Corti europee, cui si aggiunge la portata sistemica della sentenza *Kinsa*, sembra delineare una progressiva affermazione di un meccanismo di "garanzia reciproca" tra ordinamenti sovranazionali e diritti fondamentali. In tale prospettiva, l'insistenza tanto della CGUE quanto della Corte EDU sui principi di solidarietà e tutela della vita familiare non si limita a riaffermare valori assiologici condivisi, ma tende piuttosto a esercitare una pressione armonizzatrice sulle legislazioni nazionali.

Tale orientamento, tuttavia, non si traduce automaticamente in una piena conformazione degli ordinamenti interni: esso impone agli Stati membri un esercizio di riequilibrio normativo, che non sempre trova un'immediata attuazione sul piano interno. È proprio in questo spazio di tensione tra sovranazionalità e sovranità statale che si misura, in ultima analisi, la reale efficacia del diritto europeo nel riorientare le politiche penali in materia migratoria verso standard più elevati di tutela dei diritti umani.

6. – Il parere dell'Avvocato generale Jean Richard de la Tour, reso il 7 novembre 2024 in merito al caso *Kinsa*, si caratterizza per un'interpretazione eccessivamente formalistica e sorprendentemente permissiva delle disposizioni europee sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare⁶⁷.

Una simile impostazione, pur rivendicando coerenza con il dato normativo, finisce invece per sacrificare le garanzie fondamentali connesse all'assistenza umanitaria, lasciando irrisolte le tensioni tra repressione penale e tutela dei diritti inviolabili della persona.

Secondo lo stesso infatti, l'articolo 1, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2002/90/CE è perfettamente compatibile con i parametri costituzionali europei confermando la legittimità della criminalizzazione anche nelle ipotesi di assistenza umanitaria. La norma secondo il suo orientamento definisce con sufficiente chiarezza il reato, individuando con precisione l'elemento soggettivo ("intenzionalmente aiuta") e quello oggettivo ("facilitare l'ingresso illegale di una persona non comunitaria"), senza lasciare margini di ambiguità tali da configurare un vizio di eccessiva penalizzazione⁶⁸. In tale prospettiva, l'Avvocato sostiene che la sanzione prevista non è dunque eccessiva, ma proporzionata all'obiettivo di contrastare il fenomeno del traffico illecito di migranti (*migrant smuggling*).

Sul punto più controverso, relativo alla cosiddetta "clausola umanitaria" (art. 1, par. 2), l'Avvocato generale ribadisce con fermezza due concetti fondamentali. Primo, l'esenzione per scopi umanitari non è un obbligo per gli Stati membri, bensì una facoltà discrezionale⁶⁹. In altre parole, la direttiva non impone di introdurre un'eccezione automatica alla punibilità per chi presta soccorso o assistenza a un migrante in quanto tale, ma consente agli Stati di adottarla se lo ritengono opportuno. Secondo, quando uno Stato decide di non recepire questa deroga – o di recepirla in termini stringenti – non si verifica automaticamente una violazione del diritto europeo, purché sia comunque garantito, in sede nazionale, un esame di proporzionalità "caso per caso"⁷⁰. Questo significa che il giudice, valutando singolarmente ogni situazione, dovrà accertare se la pena prevista dalla legge interna risulti effettivamente sproporzionata rispetto all'entità del fatto e all'eventuale finalità disinteressata di soccorso.

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Richard De La Tour presentate il 7 Novembre 2024, Causa C-460/23, *Kinsa*.

⁶⁸ Cfr. punto 89 delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

⁶⁹ Punto 25 delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

⁷⁰ Punto 26 delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

L'impatto pratico di questa impostazione è duplice. Da un lato, consente agli Stati membri di mantenere intatte le sanzioni più severe contro chi agevoli l'ingresso clandestino – anche quando l'aiuto sia un gesto spontaneo di assistenza – potendo motivare il rigore punitivo con ragioni di ordine pubblico o di contrasto al traffico illecito. Dall'altro lato, demanda al giudice nazionale la funzione di temperare gli effetti più duri delle norme nel caso concreto, valutando se vi sia effettivamente un elemento di “pericolo imminente” per la vita o la salute del migrante che giustifichi di considerare il gesto come meramente umanitario.

La parte forse più dibattuta delle conclusioni concerne il confine tra motivazioni umanitarie e motivi affettivi o familiari⁷¹. Il caso sottoposto al tribunale di rinvio vedeva una madre di famiglia accusata di avere utilizzato documenti falsi per far entrare in Italia la figlia e la nipote minorenni. L'Avvocato generale chiarisce che il vincolo di parentela, se non collegato a un rischio concreto di compromissione della vita o della dignità fisica, non rientra nella nozione di “assistenza umanitaria” sancita dalla direttiva. Viene dunque operata una netta distinzione: l'“aiuto umanitario”, suscettibile di esenzione, è esclusivamente quello finalizzato a salvare una persona da un pericolo reale e immediato, mentre il “semplice” gesto di riunire una famiglia, seppur mosso da sentimenti nobili, non gode di alcuna deroga automatica.

Da un lato, questa scelta appare coerente con lo spirito testuale della direttiva, che mira a individuare una soglia minima di intervento pubblico nei casi di necessità estrema; dall'altro, però, solleva interrogativi circa la rigidità di un criterio che esclude dall'esenzione qualsiasi atto motivato dalla solidarietà familiare, pur quando la vita del minore o di una donna vulnerabile sia contenuta nella decisione di facilitare l'ingresso.

Sotto il profilo critico, le conclusioni dell'Avvocato generale possono essere interpretate come un tentativo di salvaguardare il bilanciamento fra obiettivi di sicurezza e di tutela dei diritti umani, ma al prezzo di una concessione eccessiva alla discrezionalità nazionale. In effetti, se ogni Stato ha libertà di non recepire la clausola umanitaria, e se spetta poi al giudice, in sede di merito, verificare se la pena sia sproporzionata, il risultato concreto rischia di essere una dispersione delle garanzie per i volontari che prestano soccorso.

⁷¹ Punto 99 delle Conclusioni dell'Avvocato generale.

Il riferimento generico al principio di proporzionalità rimane in sostanza privo di linee guida uniformi: nessun parametro europeo definisce cosa costituisca “pena minima necessaria” per perseguire la condotta di favoreggiamento senza soffocare il valore della solidarietà. Di fatto, le Conclusioni spostano sull'operato discrezionale dei giudici nazionali l'onere di entrare nel merito di situazioni estremamente delicate, lasciando nel limbo normativo chiunque si trovi a prestare assistenza a un migrante in condizioni di bisogno.

Inoltre, la chiara esclusione di una deroga automatica per “motivi familiari” pone sotto accusa la stessa concezione del diritto di riunione familiare nell'ambito delle politiche migratorie. Se è evidente che non ogni ricongiungimento costituisce un pericolo per la vita, è altrettanto vero che i minori e i soggetti più vulnerabili spesso affrontano gravi rischi durante percorsi migratori irregolari: la decisione di facilitare l'entrata di una bambina minorenni – anche motivata da un intento di tutela della sua integrità – oscilla sul confine tra solidarietà familiare e assistenza umanitaria.

L'Avvocato generale, scegliendo di rigettare categoricamente l'estensione dell'esenzione ai legami di parentela, sembra dimostrare come il diritto europeo preferisca un criterio di distinzione basato sulla percezione del “pericolo imminente” piuttosto che sul riconoscimento di dinamiche sociali complesse.

Infine, la raccomandazione di rimandare al giudice nazionale la verifica di proporzionalità non risponde compiutamente alle esigenze di chi invoca un quadro giuridico certo. L'esperienza empirica dimostra che, in molti ordinamenti, i tribunali di primo grado non dispongono di strumenti per effettuare una valutazione approfondita del contesto di pericolo o della genuinità delle motivazioni umanitarie. Si crea, pertanto, il rischio di un'equa difesa a senso unico: il soccorritore rischia di essere perseguito con pene elevate fino a prova contraria, mentre il migrante clandestino, rimasto nascosto durante l'operazione di soccorso, non beneficia di alcuna garanzia preventiva. Un tale sbilanciamento – di fatto confermato dall'Avvocato generale – alimenta l'imperfezione di un sistema che, a livello sovranazionale, sembra più impegnato a rassicurare i governi sull'efficacia repressiva che a proteggere le vittime di situazioni di estremo bisogno.

L'argomentazione di de la Tour configura un paradigma di armonizzazione minima⁷² che presenta significative criticità sistematiche. L'approccio

⁷² Sul concetto di armonizzazione minima nel diritto europeo, cfr. S. Weatherill, *Minimum Harmonisation: A New Strategy for European Union Law*, Oxford, 2000, 45 ss.

adottato, fondato su una logica di deferenza agli ordinamenti nazionali, è volto a generare un quadro normativo caratterizzato da asimmetrie interpretative e difformità applicative che compromettono l'obiettivo di coerenza del sistema europeo comune di asilo⁷³.

La discrezionalità statale nell'identificazione dei confini tra favoreggiamento punibile e assistenza umanitaria legittima produce inevitabilmente un mosaico giurisdizionale dove identiche condotte possono ricevere trattamenti sanzionatori divergenti⁷⁴. Tale frammentazione contraddice il principio di uguaglianza sostanziale⁷⁵ e genera incertezza applicativa per gli operatori del settore umanitario, compromettendo l'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Inoltre l'assenza di *standards* minimi vincolanti⁷⁶ per la protezione dell'azione umanitaria comporta il rischio di una corsa al ribasso nelle garanzie procedurali e sostanziali. La rimessione al controllo giudiziale *ex post* della proporzionalità sanzionatoria rappresenta una tutela inadeguata, poiché non fornisce certezza preventiva agli operatori e non impedisce l'effetto dissuasivo⁷⁷ che procedimenti penali possono esercitare sull'attività di assistenza umanitaria.

Dal punto di vista della politica del diritto, la pronuncia manifesta una concezione minimalista dell'integrazione europea nel settore della giustizia penale. L'opzione per un modello procedurale anziché sostantivo di armonizzazione tradisce una logica intergovernativa⁷⁸ che privilegia la sovranità nazionale rispetto all'effettività dei diritti. Tale impostazione risulta particolarmente problematica considerando la dimensione transnazionale del fenomeno migratorio e la necessità di risposte coordinate che trascendano le specificità nazionali.

⁷³ Per un'analisi delle problematiche connesse alle divergenze interpretative nel diritto dell'immigrazione europeo, v. M. Clayton, *Fragmentation in EU Immigration Law*, Cambridge, 2019, 123 ss.

⁷⁴ Il concetto di "mosaico giurisdizionale" è mutuato dalla giurisprudenza della Corte EDU, Caso *Mamatkulov c. Turchia*, Ricorso n. 46827/99, § 89.

⁷⁵ Art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 67 ss.

⁷⁶ Sulla necessità di *standards* minimi nell'area della giustizia penale europea, cfr. A. Klip, *European Criminal Law*, Cambridge, 2021, 234 ss.

⁷⁷ Sull'effetto dissuasivo (*chilling effect*) delle sanzioni penali sui diritti fondamentali, v. Corte cost., 10-10-2017, n. 236/2017, punto 7.2 del Considerato in diritto.

⁷⁸ Sul dibattito tra metodo comunitario e approccio intergovernativo, cfr. R. Dehousse, *The European Court of Justice*, London, 1998, 89 ss.

La mancata previsione di meccanismi di monitoraggio⁷⁹ o di clausole di salvaguardia per l'azione umanitaria configura una lacuna di tutela che potrebbe compromettere l'intero sistema di protezione internazionale. L'affidamento alla discrezione giudiziale nazionale per la valutazione della legittimità dell'assistenza umanitaria introduce elementi di casualità che mal si conciliano con l'esigenza di prevedibilità giuridica propria dello stato di diritto⁸⁰.

In definitiva, l'orientamento dell'Avvocato Generale, pur formalmente rispettoso del principio di sussidiarietà, genera un deficit di effettività nella tutela dei diritti fondamentali e compromette l'obiettivo di costruzione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia caratterizzato da *standards* uniformi di protezione.

7. – La divergenza tra le Conclusioni dell'Avvocato Generale e l'orientamento giurisprudenziale della Corte configura un momento di evoluzione del diritto dell'Unione in materia di immigrazione e diritti fondamentali.

La sentenza definitiva volta a correggere l'indirizzo interpretativo proposto dall'Avvocato Generale, avrà significative implicazioni per la futura applicazione del "*Facilitators Package*" negli ordinamenti nazionali.

La Corte infatti in questa sentenza adotta un approccio metodologico di particolare sofisticatezza, fondato sul principio dell'interpretazione conforme quale strumento di armonizzazione tra diritto derivato e diritto primario⁸¹. L'affermazione secondo cui "un atto dell'Unione deve essere interpretato, per quanto possibile, in un modo che non pregiudichi la sua validità e in conformità con l'insieme del diritto primario" costituisce infatti il fulcro argomentativo dell'intera pronuncia⁸².

Tale impostazione ermeneutica, pur evitando la dichiarazione di invalidità della direttiva 2002/90/CE, ne circoscrive significativamente l'ambito operativo attraverso un'interpretazione restrittiva che privilegia la tutela dei diritti fondamentali⁸³.

⁷⁹ Per un'analisi critica dei meccanismi di monitoraggio nel diritto europeo dell'asilo, v. F. Lenzerini, *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2020, 156 ss.

⁸⁰ Sul principio di prevedibilità giuridica nella giurisprudenza della Corte EDU, cfr. Caso *Sunday Times c. Regno Unito*, Ricorso n. 6538/74, § 49.

⁸¹ K. Lenaerts, *The Principle of Constitutional Interpretation in EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 19, 2023, 156 ss.

⁸² Causa C-460/23, *Kinsa*, punto 23.

⁸³ Cfr. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 3rd ed., Oxford, 2023, 178 ss.

Questa scelta metodologica, sebbene preservi formalmente la validità dell'atto normativo europeo, comporta una sostanziale riformulazione del suo contenuto precettivo mediante l'applicazione dei principi costituzionali.

L'approccio adottato dalla Corte genera tuttavia interrogativi di ordine sistematico circa i limiti dell'interpretazione conforme nel diritto penale europeo. La tensione tra la necessità di preservare la certezza del diritto punitivo e l'esigenza di garantire conformità costituzionale emerge con particolare evidenza nella gestione del caso in esame ⁸⁴.

Tale problematica assume rilievo specifico considerando che l'interpretazione giudiziale in materia penale deve bilanciare l'esigenza di prevedibilità normativa con la tutela dei diritti fondamentali.

In questo contesto, la Corte procede a una operazione ermeneutica particolarmente delicata. Pur riconoscendo che "la formulazione aperta dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2002/90 si presta a diverse interpretazioni", la Corte procede a una restrizione dell'ambito applicativo della norma senza modificarne formalmente il contenuto dispositivo ⁸⁵. Questa modalità operativa evidenzia la complessità dell'intervento giudiziale quando si tratta di conciliare obblighi derivanti dal diritto europeo con principi costituzionali nazionali, specialmente nel settore del diritto penale dove la precisione normativa assume valenza costituzionale.

Il contributo più significativo della pronuncia risiede nella ridefinizione del concetto di "favoreggiamento dell'ingresso illegale" alla luce dei principi costituzionali europei ⁸⁶. La Corte opera una distinzione qualitativa tra condotte genuinamente illecite, finalizzate allo sfruttamento dei migranti, e comportamenti derivanti dall'adempimento di obblighi familiari, escludendo questi ultimi dal perimetro della rilevanza penale ⁸⁷.

L'argomentazione secondo cui la condotta dell'affidataria "costituisce non già un favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che la direttiva in parola mira a combattere, ma deriva dall'assunzione, da parte di tale persona, della responsabilità che le incombe" introduce un criterio teleologico di in-

⁸⁴ Cfr. V. Mitsilegas, *The Limits of Harmonised Criminal Law in the EU*, in *European Law Journal*, vol. 29, 2023, 445 ss.

⁸⁵ Causa C-460/23, *Kinsa*, punto 32.

⁸⁶ Si v. E. Guild, *Redefining Facilitation in EU Immigration Law*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 26, 2024, 78 ss.

⁸⁷ Causa C-460/23, *Kinsa*, punto 35.

interpretazione che privilegia la finalità sostanziale rispetto alla mera sussunzione formale⁸⁸.

Tale approccio, pur meritevole sotto il profilo assiologico, presenta profili di criticità dal punto di vista della certezza giuridica⁸⁹. La distinzione tra condotte lecite e illecite viene rimessa alla valutazione caso per caso della sussistenza di un “rapporto familiare” e della qualità di “effettiva affidataria”, criteri che potrebbero generare incertezze applicative e disparità di trattamento tra diverse giurisdizioni nazionali⁹⁰. La Corte non fornisce parametri sufficientemente precisi per la qualificazione di tali elementi, delegando sostanzialmente alle autorità nazionali la definizione dei confini della rilevanza penale⁹¹.

Un profilo particolarmente rilevante, emerso nella sentenza, riguarda la diretta invocabilità degli articoli 7 e 24 della Carta da parte dei singoli, indipendentemente da una previa precisazione normativa di livello unionale o nazionale. In tal senso, la Corte ha affermato che tali disposizioni, per il loro contenuto chiaro, preciso e incondizionato, sono sufficienti di per sé a conferire diritti soggettivi, la cui tutela deve essere assicurata dai giudici nazionali anche in assenza di norme attuative specifiche. Ne consegue che, qualora una disposizione interna – come l'art. 12 del testo unico sull'immigrazione italiano – si ponga in contrasto con i diritti garantiti dagli articoli 7 e 24, il giudice nazionale ha non solo la facoltà, ma l'obbligo di disapplicare la norma interna in virtù del principio di primato del diritto dell'Unione e del dovere di garantire la piena efficacia della Carta⁹².

Questa impostazione, già consolidata nella giurisprudenza (v. *Egenberger*, C-414/16⁹³), rafforza il ruolo della Carta quale parametro diretto di legittimità e strumento di tutela immediata, sottraendo la protezione dei diritti fondamentali alla discrezionalità degli Stati membri. Tuttavia, se da un lato tale orientamento costituisce una significativa affermazione del carattere vin-

⁸⁸ *Ibidem*, punto 34.

⁸⁹ Cfr. P. Asp, *Legal Certainty in European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 14, 2023, 289 ss.

⁹⁰ S. Carrera, E. Guild, *The Fragmentation of EU Criminal Law on Irregular Migration*, in *European Papers*, vol. 8, 2023, 567 ss.

⁹¹ Cfr. B. Nascimbene, *Judicial Interpretation and National Discretion in EU Immigration Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 33, 2023, 123 ss.

⁹² Sul principio di primato e l'efficacia diretta della Carta, cfr. F. Ferraro, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2018, 145 ss.

⁹³ Ceg., 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257, § 76-78.

colante della Carta, dall'altro solleva interrogativi critici circa la prevedibilità del diritto e la certezza giuridica. Infatti, l'intervento diretto del giudice nazionale nella disapplicazione della norma interna, in assenza di un quadro normativo di raccordo, rischia di generare frammentazioni applicative e disomogeneità interpretative, soprattutto in un ambito delicato come quello della repressione penale in materia migratoria.

Inoltre, questa prospettiva pone in evidenza il paradosso dell'armonizzazione negativa: laddove manca una clausola espressa a tutela delle condotte umanitarie, è il giudice, e non il legislatore, a dover operare un bilanciamento tra repressione e solidarietà⁹⁴, con il rischio che la protezione dei diritti si affidi più alla sensibilità giurisprudenziale che alla chiarezza del diritto positivo. In tale contesto, si rafforza l'esigenza di una revisione normativa a livello unionale che, recependo le indicazioni della Corte, espliciti il confine tra favoreggiamento penalmente rilevante e attività umanitaria legittima, evitando di affidare esclusivamente all'interprete la salvaguardia di diritti fondamentali di rango primario.

Tuttavia, l'individuazione del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali si rivela, dal punto di vista applicativo, particolarmente complessa⁹⁵. La Corte, infatti, non elabora criteri generali o astratti che permettano di identificare con certezza tale contenuto in modo uniforme. Piuttosto, si limita a valutazioni caso per caso, come nel caso in cui ha ritenuto che la criminalizzazione dell'assistenza prestata da familiari a minori costituisca una violazione intollerabile di diritti fondamentali⁹⁶.

Questo metodo casistico, se da un lato consente alla Corte una certa flessibilità nell'adattare la tutela dei diritti alle circostanze concrete, dall'altro lato solleva problemi in termini di certezza del diritto⁹⁷: le decisioni future appaiono difficilmente prevedibili e il sistema complessivo di tutela rischia di risultare incoerente o frammentato⁹⁸.

⁹⁴ Sul concetto di armonizzazione negativa nel diritto europeo, cfr. S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2013, 67 ss.

⁹⁵ P. Craig, *The Essential Core of Rights in EU Law*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 82, 2023, 234 ss.

⁹⁶ Causa C-460/23, *Kinsa*, punto 47.

⁹⁷ Sulla tensione tra tutela dei diritti e certezza giuridica, v. L. Moccia, *Il diritto tra legge e giudice*, Bari, 2016, 112 ss.

⁹⁸ S. Prechal, *Coherence and Consistency in EU Fundamental Rights Jurisprudence*, in *European Law*

La pronuncia in esame introduce inoltre un approccio innovativo nella tutela dei diritti fondamentali, elaborando un paradigma integrato che coordina la protezione dei diritti familiari con la salvaguardia dell'interesse superiore del minore⁹⁹. La Corte stabilisce che l'articolo 7 della Carta deve essere interpretato in combinato disposto con l'articolo 24, paragrafo 2, creando un sistema di protezione rafforzata specificamente calibrato per le situazioni che coinvolgono minori in contesti migratori¹⁰⁰.

L'approccio sistematico adottato dalla Corte si manifesta attraverso l'integrazione del diritto dell'Unione con gli standard internazionali di tutela dei minori¹⁰¹. Il richiamo alla Convenzione sui diritti del fanciullo quale parametro interpretativo dell'articolo 24 della Carta evidenzia questa metodologia integrativa¹⁰².

In particolare, il riferimento all'articolo 27, paragrafo 2, della Convenzione, che attribuisce la responsabilità di assicurare le condizioni di vita necessarie allo sviluppo del fanciullo, fornisce il fondamento sostanziale per l'esclusione della rilevanza penale delle condotte familiari di assistenza¹⁰³.

La Corte introduce un criterio di particolare rigore nell'applicazione del test di proporzionalità, configurando un parametro di controllo particolarmente stringente. L'affermazione secondo cui un'interpretazione estensiva della direttiva 2002/90/CE comporterebbe un'ingerenza tale da pregiudicare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali¹⁰⁴, rappresenta in tal senso un significativo sviluppo giurisprudenziale¹⁰⁵. Tale approccio, fondato sull'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, delinea un limite invalicabile alla compressione dei diritti fondamentali che potrebbe trovare applicazione in contesti analoghi¹⁰⁶.

Review, vol. 49, 2024, 123 ss.

⁹⁹ Sulla tutela integrata dei diritti familiari e dei minori nel diritto europeo, cfr. A. Adinolfi, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, Milano, 2020, 156 ss; H. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2023, 234 ss.

¹⁰⁰ Causa C-460/23, *Kinsa*, punto 42.

¹⁰¹ U. Kilkelly, *The CRC in EU Law: Integration and Implementation*, in *European Law Review*, vol. 48, 2023, 678 ss.

¹⁰² Per un'analisi dell'integrazione tra diritto dell'Unione e standard internazionali, v. G. De Búrca, *The Evolution of EU Human Rights Law*, Oxford, 2013, 89 ss.

¹⁰³ Causa C-460/23, *Kinsa*, punto 44.

¹⁰⁴ *Ibidem*, punto 46.

¹⁰⁵ Sul concetto di contenuto essenziale dei diritti fondamentali, cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 234 ss.

¹⁰⁶ J.A., González Vega, *The Essential Core Doctrine in EU Fundamental Rights*, in *German Law Journal*, vol. 24, 2023, 1456 ss.

Tuttavia, l'individuazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali presenta notevoli complessità applicative. La metodologia adottata dalla Corte appare prevalentemente casistica, privilegiando valutazioni specifiche per ciascuna fattispecie piuttosto che l'elaborazione di criteri generali astratti¹⁰⁷. Questo approccio, pur consentendo flessibilità nell'adattamento della tutela alle circostanze concrete, genera inevitabili problematiche in termini di prevedibilità giuridica e coerenza sistematica.

La complessità del quadro delineato rafforza dunque l'esigenza di una revisione normativa a livello unionale che, recependo le indicazioni della Corte, espliciti il confine tra favoreggiamento penalmente rilevante e attività umanitaria legittima. Solo attraverso un intervento legislativo organico sarà possibile evitare di affidare esclusivamente all'interprete la salvaguardia di diritti fondamentali di rango primario, garantendo al contempo certezza applicativa e coerenza sistematica nell'ordinamento europeo.

8. – Il *Facilitators Package*, come abbiamo visto ha progressivamente evidenziato rilevanti criticità, dovute in gran parte alla sua formulazione eccessivamente generica.

Tali criticità hanno alimentato, a livello europeo, una crescente consapevolezza circa la necessità di procedere a una revisione complessiva del quadro normativo in materia. Questa esigenza si è fatta particolarmente stringente alla luce della sentenza *Kinsa*, che ha evidenziato le ambiguità e le lacune dell'attuale disciplina.

In tale contesto, si impone l'adozione di un nuovo testo normativo che sia più chiaro, coerente e armonizzato, in grado di operare una distinzione efficace tra il favoreggiamento a fini di lucro – da reprimere in quanto espressione di attività criminali – e le condotte ispirate da finalità umanitarie o solidaristiche, le quali dovrebbero essere sottratte all'ambito della sanzionabilità penale.

La proposta di direttiva¹⁰⁸ presentata dalla Commissione europea in mate-

¹⁰⁷ Sulle problematiche della metodologia casistica nella tutela dei diritti, v. M. Cartabia, *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 78 ss.

¹⁰⁸ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme minime per prevenire e contrastare il 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*, COM(2023) 755 def., presentata il 28 novembre 2023 dalla Commissione europea, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52023PC0755>. Attualmente la proposta è in fase

ria di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina si inserisce proprio in questo contesto: intende sostituire integralmente il *Facilitators Package* per introdurre, al posto di norme disomogenee e vaghe, regole più precise su definizioni, fattispecie incriminatrici ed eventuali esenzioni umanitarie. In tal modo, il legislatore comunitario mira a ridurre le disparità tra gli ordinamenti nazionali, a prevedere esplicitamente una deroga per le condotte di soccorso non a scopo di lucro e a garantire una maggiore coerenza con gli obblighi internazionali, in particolare con il Protocollo di Palermo. Questo passaggio riflette l'evoluzione della prassi giudiziaria in Europa, sempre più attenta ai profili di proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta.

Il cuore della proposta risiede nell'introduzione di un "dolo specifico di profitto" come elemento strutturale del reato di favoreggiamento dell'ingresso, del transito o della permanenza irregolare. Tale innovazione può essere interpretata come un perfetto bilanciamento tra l'esigenza di contrastare le reti criminali e quella di preservare la solidarietà umanitaria: in assenza dell'*animus lucrandi*, infatti, il comportamento non assume rilevanza penale, a meno che non ricorrano le condizioni della "*serious harm clause*" – ossia la prova di un concreto pericolo per l'integrità fisica o la vita dei migranti.

Da questo punto di vista, la soluzione appare rigorosa ma equilibrata, poiché evita di criminalizzare chi opera in piena buona fede e per finalità esclusivamente umanitarie, rispondendo così alle critiche di coloro che avevano denunciato il rischio di una "criminalizzazione della solidarietà".

Tuttavia, l'introduzione del dolo specifico non esaurisce il tema delle possibili controversie interpretative. In particolare, la proposta di direttiva chiarisce che persino il mero intento di coprire i costi di viaggio può concorrere alla configurazione dell'*animus lucrandi*, a meno che non ricorra un'esenzione espressamente prevista dal testo. Proprio per scongiurare derive eccessivamente penalizzanti, la proposta delinea tre categorie di condotte esentate dalla punibilità: l'assistenza ai familiari, l'aiuto umanitario e la fornitura dei bisogni primari.

Si tratta di un approccio pragmatico, che però rimane vulnerabile a un'applicazione restrittiva da parte delle autorità nazionali se il concetto di compenso "equo" dovesse essere interpretato in modo troppo stringente. Da

di "procedura legislativa ordinaria" (codice di procedura 2023/0439/COD) e risulta ancora in esame sia presso il Parlamento europeo sia presso il Consiglio dell'UE.

qui discende un ulteriore onere per gli Stati membri: nella fase di recepimento occorrerà definire in modo inequivocabile i confini di tali esenzioni, affinché la solidarietà non finisca involontariamente nella sfera di comportamenti considerati a fini di lucro.

In definitiva, la proposta di direttiva non solo uniforma la lotta al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ma riconosce esplicitamente che la tutela della dignità e della vita dei migranti richiede di evitare la criminalizzazione di chi presta aiuto per motivi umanitari. Allo stesso tempo, consapevole delle difficoltà interpretative, essa chiede agli Stati membri un impegno di chiarezza nella definizione delle esenzioni, in modo da garantire un'applicazione coerente e proporzionata, in linea con i principi sovranazionali.

Da una prospettiva critica, l'eliminazione della cosiddetta "clausola umanitaria" generalizzata – precedentemente pensata per garantire un'ampia tutela a tutte le forme di assistenza ai migranti – può essere considerata un passo positivo, in quanto l'applicazione facoltativa del quadro normativo precedente generava margini interpretativi tali da mettere a rischio giudiziario anche le condotte solidaristiche prive di finalità di lucro.

La nuova impostazione, fondata sull'individuazione di esenzioni puntuali e sull'introduzione del dolo specifico di profitto, rappresenta un tentativo di razionalizzazione della materia. Essa mira a circoscrivere l'ambito di rilevanza penale alle condotte caratterizzate da uno sfruttamento economico dell'immigrazione irregolare, garantendo così una maggiore prevedibilità e uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli organi giurisdizionali nazionali. In tale contesto, il requisito dell'intenzionalità specifica consente di operare una distinzione più netta tra finalità solidaristiche e comportamenti riconducibili a una logica lucrativa, in linea con i principi generali del diritto penale europeo.

Ulteriore elemento di coerenza sistemica è rappresentato dall'armonizzazione con gli standard internazionali, in particolare con i Protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (Protocolli di Palermo)¹⁰⁹, che già pongono l'accento sull'ele-

¹⁰⁹ I Protocolli di Palermo sono tre protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (UNTOC), adottati nel 2000 a Palermo. Ogni protocollo affronta una specifica manifestazione della criminalità organizzata transnazionale, e il loro insieme costituisce il primo quadro normativo globale in materia. 1. Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Traf-*

mento soggettivo quale criterio qualificante delle fattispecie di tratta e favoreggiamento. Il recepimento di tali parametri a livello europeo contribuisce a rafforzare la credibilità dell'azione esterna dell'Unione e a prevenire fenomeni di *forum shopping* giurisdizionale da parte delle organizzazioni criminali, nonché a promuovere una cooperazione giudiziaria più efficace tra gli Stati membri, in ossequio all'art. 82 TFUE ¹¹⁰.

Non mancano tuttavia criticità: la centralità attribuita al dolo di profitto, pur rappresentando una garanzia in termini di tutela dei diritti fondamentali, potrebbe essere strumentalizzata da soggetti criminali mediante strategie elusive, come l'impiego di intermediari, la simulazione di gratuità o l'adozione di strutture finanziarie opache.

In assenza di un adeguato potenziamento delle capacità investigative e di scambio informativo, la prova dell'elemento soggettivo rischia di tradursi in un ostacolo all'effettività dell'azione penale. In questo senso, l'efficacia della proposta dipenderà dalla sua integrazione con strumenti di cooperazione operativa – in particolare tramite Europol ed Eurojust – e con meccanismi di mutuo riconoscimento.

La valorizzazione del principio di proporzionalità, cardine del diritto dell'Unione, emerge chiaramente nella volontà di concentrare la risposta sanzionatoria sulle reti criminali organizzate, evitando di criminalizzare comportamenti ispirati a ragioni umanitarie o familiari. Tuttavia, la mancata definizione uniforme di concetti quali “compenso ragionevole” o “soddisfacimento

ficking in Persons, Especially Women and Children). Questo protocollo mira a contrastare la tratta di esseri umani, definita come l'insieme di atti (reclutamento, trasporto, accoglienza, ecc.) realizzati con mezzi coercitivi o fraudolenti allo scopo di sfruttamento, tra cui lo sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o il traffico di organi. 2. Protocollo contro il traffico di migranti via terra, mare e aria (*Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*). Questo protocollo ha l'obiettivo di prevenire e combattere il traffico illecito di migranti da parte di gruppi organizzati, garantendo nel contempo la tutela dei diritti dei migranti stessi. Criminalizza specificamente le condotte finalizzate a procurare l'ingresso irregolare di persone in uno Stato del quale non sono cittadini o residenti, quando compiute a scopo di lucro. 3. Protocollo contro la fabbricazione e il traffico illecito di armi da fuoco, loro parti, componenti e munizioni. (*Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition*). Questo protocollo affronta il fenomeno della circolazione illecita di armi leggere e di piccolo calibro, promuovendo standard comuni per la tracciabilità, la marcatura e la regolamentazione delle armi da fuoco e dei loro componenti.

¹¹⁰ L'articolo 82 del TFUE riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale, con particolare riferimento al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e all'adozione di norme minime comuni.

dei bisogni primari” rischia di compromettere l’interpretazione conforme nei diversi ordinamenti, dando luogo a divergenze applicative e possibili procedimenti pregiudiziali *ex art.* 267 TFUE.

Nel complesso, la proposta della Commissione si configura come un tentativo di adeguamento del diritto secondario europeo alle esigenze di bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali (artt. 1, 4, 18 e 19 della Carta) e controllo dell’immigrazione irregolare, in linea con il principio di leale cooperazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE. Tuttavia, per garantire un’armonizzazione effettiva e rispettosa dei valori fondanti dell’Unione, si rende necessaria un’ulteriore evoluzione normativa.

In particolare, l’introduzione di una clausola obbligatoria di esclusione della punibilità per le condotte solidali non lucrative appare come una misura coerente con gli obblighi derivanti dalla Carta e dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Solo un tale intervento potrebbe assicurare un equilibrio giuridico sostenibile tra l’esigenza di contrastare la criminalità transnazionale e quella di preservare la centralità della persona nel sistema giuridico europeo.

9. – La pronuncia *Kinsa* inaugura una fase di potenziale revisione dell’intero impianto normativo europeo in materia di contrasto all’immigrazione irregolare, delineando un mutamento paradigmatico nell’approccio giurisprudenziale alla criminalizzazione dell’assistenza umanitaria.

L’orientamento interpretativo adottato dalla Corte, che privilegia la tutela dei diritti fondamentali rispetto all’applicazione meccanica delle norme penali, configura un precedente giurisprudenziale destinato a influenzare significativamente l’evoluzione del diritto dell’immigrazione europea, potenzialmente estendendosi ad altri ambiti del sistema normativo unionistico.

La metodologia dell’interpretazione conforme orientata ai valori costituzionali, sviluppata dalla Corte nella decisione in esame, presenta caratteri di innovatività che potrebbero trovare applicazione nei casi di assistenza umanitaria prestata da soggetti diversi dai familiari, aprendo prospettive di depenalizzazione per condotte solidaristiche attualmente esposte al rischio di incriminazione. Tale approccio ermeneutico implica il superamento di una visione meramente formalistica dell’applicazione delle direttive europee, richiedendo invece una valutazione sostanziale degli effetti prodotti dalle normative nazionali sui diritti fondamentali protetti dalla Carta.

L'impatto della pronuncia sugli ordinamenti nazionali rimane tuttavia caratterizzato da significativi elementi di incertezza applicativa. La formulazione aperta dei criteri di esclusione della rilevanza penale, pur rispondendo a esigenze di flessibilità interpretativa, potrebbe generare divergenze applicative da parte delle autorità nazionali, compromettendo l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione e creando disparità di trattamento tra Stati membri. Tale rischio di frammentazione interpretativa appare particolarmente problematico in un settore, come quello del diritto penale dell'immigrazione, che richiede elevati standard di certezza giuridica e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

La necessità di un intervento normativo chiarificatore, attraverso l'eventuale revisione del *Facilitators Package*, appare sempre più evidente alla luce delle tensioni evidenziate dalla pronuncia.

L'attuale assetto normativo, caratterizzato dalla coesistenza di disposizioni penali potenzialmente applicabili all'assistenza umanitaria e di clausole di salvaguardia facoltative, genera un quadro di incertezza giuridica che mal si concilia con i principi di legalità e determinatezza che caratterizzano il diritto penale moderno.

Un intervento del legislatore europeo potrebbe contribuire a definire con maggiore precisione i confini tra condotte penalmente rilevanti e attività umanitarie legittime, fornendo agli operatori del diritto criteri interpretativi più chiari e uniformi.

La decisione *Kinsa* rappresenta pertanto un momento di transizione nell'evoluzione del diritto penale europeo dell'immigrazione, segnando il passaggio da un approccio prevalentemente repressivo a una visione maggiormente attenta alla tutela dei diritti fondamentali. Tale transizione riflette un più ampio movimento di costituzionalizzazione del diritto dell'Unione europea, caratterizzato dalla progressiva centralità assunta dalla Carta dei diritti fondamentali nell'interpretazione e applicazione del diritto derivato. L'esito di tale processo evolutivo dipenderà dalla capacità delle istituzioni europee e nazionali di sviluppare un quadro normativo coerente che armonizzi le esigenze di controllo dei flussi migratori con il rispetto dei valori costituzionali europei. La sfida principale consisterà nel delineare un sistema di regole che, pur mantenendo l'efficacia degli strumenti di contrasto alle organizzazioni criminali dedite al traffico di migranti, non comprometta l'esercizio di attività solidaristiche e umani-

tarie che costituiscono espressione dei valori fondamentali dell'ordinamento europeo.

Solo attraverso un approccio equilibrato, che tenga conto sia delle esigenze di sicurezza sia della tutela dei diritti fondamentali, sarà possibile evitare che il diritto dell'Unione si traduca in un ostacolo alla solidarietà verso le persone in condizione di estrema vulnerabilità, contravvenendo ai principi fondanti dello stato di diritto europeo.

Abstract

La pronuncia della Corte di giustizia nella causa C-460/23 *Kinsa* segna un momento di svolta nell'evoluzione giurisprudenziale del diritto penale europeo dell'immigrazione, inaugurando un approccio interpretativo che privilegia la tutela dei diritti fondamentali rispetto alle istanze meramente repressive. Il *dictum* della Corte, pur mantenendo formalmente inalterata l'architettura normativa del *Facilitators Package*, ne ridefinisce sostanzialmente l'ambito applicativo mediante un'interpretazione conforme ai parametri costituzionali europei. Nel presente elaborato, l'obiettivo è quello di esaminare criticamente la disciplina europea concernente la penalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con particolare riguardo alle misure che ricomprendono anche gli atti di assistenza umanitaria privi di scopo di lucro.

The ruling of the Court of Justice in Case C-460/23 *Kinsa* marks a turning point in the jurisprudential evolution of European criminal immigration law, inaugurating an interpretative approach that privileges the protection of fundamental rights over merely repressive demands. The dictum of the Court, while formally maintaining the regulatory architecture of the Facilitators Package unchanged, substantially redefines its scope of application through an interpretation in accordance with European constitutional parameters. In this paper, the aim is to critically examine the European legislation concerning the criminalization of facilitating irregular immigration, with particular attention to measures that also include non-profit humanitarian assistance acts.