
ADiM BLOG
Settembre 2023
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA

Tribunale ordinario di Bologna, Prima Sezione penale, ordinanza di rinvio pregiudiziale 17 luglio 2023, n. r.g. 10034/2019

La fine del délit de solidarité?

Il Tribunale di Bologna rimette alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sulla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri

Marilù Porchia

Dottoranda in Diritto dell'Unione europea e
ordinamenti nazionali
Università di Ferrara

Parole chiave

*Favoreggiamento – immigrazione irregolare – rinvio pregiudiziale –
Facilitators Package – scriminante umanitaria*

Abstract

Il contributo propone un commento all'ordinanza del Tribunale di Bologna di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, che rimette alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità della normativa europea relativa agli obblighi di incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (direttiva 2002/90/CE e decisione quadro 2002/946/GAI, c.d. Facilitators Package) e dell'art. 12 del T.U.I., con il quale tale disciplina è stata recepita a livello nazionale.

A. FATTI DI CAUSA E DECISIONE

1. *I fatti di causa e la modifica dell'imputazione*

Il caso vede imputata una donna congolese, giunta all'aeroporto di Bologna assieme a due minori. Al varco di frontiera la donna ha esibito documenti falsi per sé e le bambine, così compiendo atti diretti a procurare l'ingresso illegale delle due minori sul territorio italiano. È stata dunque immediatamente arrestata con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, aggravato dall'utilizzo di un servizio di trasporto internazionale e di documenti contraffatti, ai sensi art. 12, commi 1 e 3 lett. d) del T.U.I.

Dall'[ordinanza di rinvio](#), si apprende che l'imputata ha dichiarato di essere fuggita dalla Repubblica Democratica del Congo per sottrarsi alle minacce di morte rivolte a lei e alla sua famiglia dall'ex compagno, in seguito all'interruzione della loro relazione. Ha dichiarato altresì che le minori che viaggiavano con lei erano, rispettivamente, la figlia e la nipote, che avrebbe portato con sé temendo per la loro incolumità. L'imputata ha tempestivamente presentato richiesta di protezione internazionale per sé e le bambine, il cui legame di parentela è stato successivamente accertato.

Con [ordinanza del 1° dicembre 2020](#), il Tribunale di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle aggravanti *ex art. 12 co. 3 lett. d) del T.U.I* (si veda [ZIRULIA](#)), accolta dalla Corte con [sentenza n. 63 del 10 marzo 2022](#) (si veda [ZIRULIA](#) e, in questo blog, [SICCARDI](#)).

Il venir meno della norma ha comportato la modifica dell'imputazione nella fattispecie base di cui all'art. 12, co. 1, T.U.I., in concorso con il delitto di possesso di documenti falsi di cui all'art. 497-bis del c.p. Accertata l'assenza dello scopo di lucro nella condotta dell'imputata, il Tribunale di Bologna ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art. 267 del T.F.U.E.*, tanto sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 52, par. 1 della Carta in relazione all'art. 12, co. 1, T.U.I., quanto sotto il profilo della validità della normativa dettata dalla direttiva 2002/90/CE e dalla Decisione Quadro 2002/946/GAI (congiuntamente, "*Facilitators Package*"). Ad avviso del giudice remittente, invero, l'attuale quadro normativo «determina il *non necessario sacrificio* di diritti fondamentali di rango particolarmente elevato a fronte della tutela di un interesse avente carattere strumentale quale il controllo dei flussi migratori», incompatibile con quanto sancito dall'art. 67 T.F.U.E., che, dettando i principi generali relativi alle materie del Titolo V, prescrive che «[l']Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali».

2. *Quadro normativo e ragioni a fondamento del rinvio pregiudiziale*

L'ordinanza di rimessione dà atto, in premessa, che il [Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria](#) introduce l'obbligo di incriminazione dello "*smuggling of migrants*", definito al suo art. 3(a) nel «procurare, 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».

In ottemperanza di tale obbligo, nel 2002 l'UE ha adottato il *Facilitators Package*. L'art. 1 par. 1 della Decisione Quadro 2002/946/GAI prevede «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive» nei confronti di chi, ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2002/90/CE, intenzionalmente aiuta una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a entrare o a transitare in uno Stato Membro (co. 1. lett. a) o intenzionalmente *e a scopo di lucro* lo aiuti a soggiornarvi (co. 1, lett. b) in violazione delle leggi nazionali. La norma è mitigata dal co. 2, che permette agli Stati Membri di non sanzionare l'aiuto all'ingresso e al transito privo di scopo di lucro (co. 1, lett. a) «applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

Rileva l'ordinanza che l'art. 12, co. 1, T.U.I., nel sanzionare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, non prevede lo scopo di lucro ed esclude dalla fattispecie penale soltanto «le attività di soccorso e assistenza umanitaria *prestate in Italia* nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno *comunque presenti* nel territorio dello Stato». Ne consegue che «il requisito della previa presenza del soggetto favorito sul territorio dello Stato risulta incompatibile, per definizione, con le caratteristiche della condotta di favoreggiamento dell'ingresso sul territorio italiano».

In assenza di dolo specifico del lucro, la fattispecie può inoltre conformarsi come illecito di individui che agiscono per motivazioni «anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati» ([Corte costituzionale, Sentenza del 16 dicembre 2011, n. 331](#), si veda [LEO](#)), con la conseguenza, conclude il giudice, di assoggettare alla sanzione penale «anche la condotta di chi abbia favorito l'ingresso dello straniero irregolare per scopi di assistenza umanitaria, e anche qualora lo straniero si trovi in condizioni di bisogno».

Ne risulta che, nonostante le condotte poste in essere dall'imputata appaiano suscettibili di essere qualificate come dirette a finalità di assistenza umanitaria delle due minori – nella forma di tutela del loro diritto alla vita, minacciato nel Paese d'origine; del diritto d'asilo, essendo la richiesta di protezione formulata anche nei loro confronti; del diritto alla vita familiare, dato il vincolo familiare esistente – non potrebbe comunque escludersi la responsabilità penale dell'imputata.

Ciò risulta conforme al quadro normativo del *Facilitators Package*, il quale non prevede quale elemento costitutivo dell'illecito lo scopo di lucro e, tantomeno, requisiti di tipicità della condotta illecita, riconoscendo la *mera facoltà* di scriminare il favoreggiamento dell'ingresso irregolare allo scopo di fornire assistenza umanitaria.

Posto che la previsione di fattispecie penali incide tanto sul diritto alla libertà personale dell'autore dell'illecito, tutelato all'art. 6 della Carta, che sui diritti dei migranti coinvolti, ritiene il Giudice di dover operare il test di proporzionalità delle norme limitatrici di diritti fondamentali previsto dall'art. 52 co. 1 della Carta, sulla base «(i) della legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore; (ii) dell'idoneità della disciplina a raggiungere l'obiettivo prefissato; (iii) della necessità della compressione dei diritti fondamentali, intesa come adozione della misura meno afflittiva a parità di efficacia; (iv) della proporzionalità, ovvero al ragionevole bilanciamento fra i contrapposti interessi».

L'obiettivo perseguito dal legislatore è duplice, tanto a livello europeo che nazionale: il contrasto al fenomeno del traffico di migranti nei termini del Protocollo Addizionale, ovvero allo sfruttamento della condizione dei migranti irregolari di cui si mette a repentaglio l'incolumità a fini di lucro; e il contrasto all'immigrazione irregolare, al fine di garantire l'ordinato controllo dei flussi migratori.

Reputa il giudice che, se da una parte è pacifica l'astratta idoneità della fattispecie a perseguire gli obiettivi di controllo dei flussi migratori, dall'altra «la criminalizzazione di condotte di favoreggiamento all'ingresso per fini di assistenza umanitaria non appare funzionale al perseguimento degli obiettivi legislativi di contrasto al traffico di migranti, né sotto il profilo dell'idoneità, né sotto il profilo della necessità della fattispecie incriminatrice».

L'ordinanza specifica, invero, come vi sia una «strutturale eterogeneità» fra le condotte oggetto del giudizio e quelle di "*smuggling of migrants*": mentre le une sono sorrette da scopi solidaristici, le altre perseguono fini di illecito arricchimento. Ciò induce a dubitare che la norma penale di cui all'art. 12, co. 1, T.U.I., seppur conforme alla disciplina del *Facilitators Package*, «soddisfi i criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta sotto i profili della necessità e della proporzionalità, ovvero del ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti».

Spetterà dunque alla Corte valutare se il principio di proporzionalità *ex art. 52, par. 1*, letto congiuntamente agli artt. 2 e 3, 6 e 17 e 7 della Carta, osta alle previsioni del *Facilitators Package* nella parte in cui impongono agli Stati Membri di prevedere sanzioni penali a carico di chiunque favorisca o compia atti diretti a favorire l'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche senza scopo di lucro, senza prevedere l'obbligo di escludere la rilevanza penale di condotte finalizzate a prestare assistenza umanitaria; e osti alle previsioni di cui all'art. 12 T.U.I., nella parte in cui sanziona la condotta di chi compie atti diretti a procurare

l'ingresso illegale di uno straniero nel territorio dello Stato senza scopo di lucro, senza escludere la rilevanza penale di condotte finalizzate a prestare assistenza umanitaria.

B. COMMENTO

Il rinvio pregiudiziale operato dal Giudice bolognese è potenzialmente foriero di un radicale mutamento delle politiche degli Stati membri, che fino ad ora hanno fatto ampio uso della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare come deterrente all'assistenza umanitaria, arrivando a configurare il ribattezzato *'délit de solidarité'*, che trova origine proprio nel *Facilitators Package* (si veda [CHASSANG](#), [ALLSOPP](#), [DU JARDIN](#), [VOSYLIŪTĖ](#) e [CONTE](#)).

Invero, mentre nel [Protocollo addizionale](#) il riferimento al beneficio finanziario o materiale per l'autore del reato mira a escludere dalla punizione i membri della famiglia (si veda anche [Corte EDU, Mallah c. France](#)) o [altri gruppi di sostegno come le organizzazioni religiose o non governative \(ONG\)](#), la normativa UE elide dagli elementi costitutivi del favoreggiamento dell'ingresso irregolare la finalità di conseguire un profitto dall'attività illecita ([ESCOBAR VEAS](#); [MITSILEGAS](#)).

Il risultato è che [solo in Germania, Irlanda, Lussemburgo e Portogallo](#) la legge prevede espressamente che il favoreggiamento all'ingresso è punibile solo se a scopo di lucro, e [il diritto interno di soli otto Stati membri dell'UE](#) esclude espressamente la punibilità di atti compiuti per facilitare l'ingresso a fini umanitari. È lo stesso giudice remittente a fare riferimento ad alcuni di questi, segnatamente la Finlandia, il Belgio, e la Spagna, utilizzando la prospettiva comparatistica per confermare come la criminalizzazione del favoreggiamento all'ingresso per scopi di assistenza umanitaria costituisca una misura *non necessaria* al perseguimento degli obiettivi di gestione efficace dei flussi migratori. Invero, ritiene il giudice di rinvio «se il legislatore avesse ritenuto il contrario, non avrebbe logicamente ammesso la possibilità dell'eccezione», concludendo che «se la previsione della scriminate dell'assistenza umanitaria è compatibile con gli obiettivi di controllo dei flussi migratori che il legislatore europeo si prefigge, e se la tutela dei diritti fondamentali sottesi alla scriminate, è meritevole, la soluzione normativa adottata dal legislatore europeo appare violare i canoni della ragionevolezza intrinseca».

Infine, sebbene nell'ordinanza di rinvio il giudice remittente specifichi «di non avere la pretesa di voler identificare il perimetro esterno della più ampia nozione di "assistenza umanitaria" di cui all'art. 1 par. 2 della direttiva 2002/90/CE», è chiaro che tale nozione debba, necessariamente, ricomprendere i summenzionati diritti fondamentali. Ciò sarebbe coerente con l'art. 6 della stessa Decisione Quadro 2002/946/GAI, il quale prevede che l'applicazione della Decisione «non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro

obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della [convenzione relativa allo status dei rifugiati]».

Guardando, al di là del caso specifico, all'applicazione dell'art. 12 del T.U.I., a cui tanto il fine di lucro quanto la scriminate dell'assistenza umanitaria rimangono estranei, si può constatare quanto esso agevolmente si presti a raggiungere obiettivi che vanno ben oltre la gestione efficace dei flussi migratori (per una ricostruzione esaustiva [Zirulia](#), citato dalla stessa ordinanza). Ne è prova la casistica sui soccorsi in mare – più di [15 distinti procedimenti legali contro operatori di ONG umanitarie](#) sono stati avviati a causa delle loro attività di soccorso (per una panoramica [ZIRULIA](#)) - tra i più noti il caso Iuventa ([BARBERINI](#)), Open Arms ([PATARNELLO](#) e [PERELLI](#)), e Sea Watch 3 (*ex multis* [Zirulia](#) e [GRADONI e PASQUET](#)). Vi è il caso Riace (*ex multis* [DONNARUMMA](#)) e la casistica della criminalizzazione dell'attivismo civile: il caso di Costa, presidente di Baobab Experience, [indagato e poi assolto](#) per aver aiutato degli stranieri a comprare i biglietti del treno per arrivare a Ventimiglia; quello di Fornasir e Franchi, fondatori dell'associazione Linea d'ombra, che fornisce vestiti, cibo, acqua e medicazioni a chi arriva dalla rotta balcanica, [indagati e poi assolti](#). Vi è, ancora, il processo Agais, in cui quattro rifugiati eritrei sono stati imputati di favoreggiamento e poi assolti per aver aiutato alcuni loro connazionali appena giunti sul territorio italiano via mare (si veda [CAPRIOGLIO](#)).

La casistica, non esaustiva, offre tuttavia un quadro delle attività umanitarie che l'attuale normativa italiana espone al cosiddetto "*chilling effect*", dottrina elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e già applicata dalla CGUE in materia di assistenza ai richiedenti asilo, come ricordato dalla stessa ordinanza di rimessione attraverso il riferimento alla causa C-821/19 [Commissione c. Ungheria](#) ([SALERNO](#) su questo blog). L'espressione, spiega [ZIRULIA](#), «richiama un effetto di deterrenza, segnatamente quello che la sanzione penale, ed ancora prima il rischio di subire un procedimento penale possono in taluni casi esplicare rispetto allo svolgimento di attività socialmente utili». Come risultato, il diritto alla vita e all'integrità fisica risultano minacciati dalla progressiva contrazione delle attività di soccorso; il diritto di richiedere asilo depotenziato dalla repressione delle attività di assistenza ai rifugiati; e il diritto alla vita privata e familiare leso dalla criminalizzazione dei parenti che agiscono con il solo obiettivo del ricongiungimento con i propri cari.

Fino ad ora, l'esigenza di una riforma del *Facilitators Package*, auspicata dalla dottrina ([ZIRULIA](#), [TREVISAN](#) e [MOELLER](#), [MINETTI](#), [SANTIAGO](#)), dall'[International Commission of Jurists \(ICJ\)](#), ma anche dalle stesse istituzioni europee - come provano due comunicazioni della Commissione del 23 settembre 2020, [l'una](#) che raccomanda agli Stati membri di dotarsi di *efficaci scriminanti umanitarie* ([MARLETTA](#) per un commento), [l'altra](#) che dà atto di una riflessione in corso per *modernizzare* il *Facilitators package* nel nuovo Patto - si è evidentemente scontrata con la carente volontà politica di attuarla.

La Corte di giustizia, chiamata per la prima volta a pronunciarsi sulla validità degli obblighi di incriminazione del *Facilitators Package*, ha la possibilità di superare questo stallo, da un lato imponendo una clausola di assistenza umanitaria nelle legislazioni degli Stati membri, dall'altro estendendo il dolo specifico di lucro anche alla fattispecie base di favoreggiamento degli ingressi irregolari, così da uniformare le definizioni del *Facilitators Package* a quelle del [Protocollo addizionale](#).

C. APPROFONDIMENTI

Per consultare il testo della decisione: [Tribunale ordinario di Bologna, Prima Sezione penale, ordinanza di rinvio pregiudiziale 17 luglio 2023, N.R.G. 10034/2019](#)

Giurisprudenza:

Tribunale di Bologna, [Ordinanza del 1° dicembre 2020 n. 92](#)

Corte Costituzionale, [sentenza n. 63 del 10 marzo 2022](#)

Corte costituzionale, [Sentenza del 16 dicembre 2011, n. 331](#)

Corte Edu, decisione del 10 novembre 2012, [Mallah c. France](#), ric. n. 29681/08

Dottrina:

J. ALLSOPP, [Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents](#), in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017.

R. BARBERINI, [Il sequestro della luventa: ong e soccorso in mare](#), in *Questione Giustizia*, settembre 2017.

C. CAPROGLIO, [Il fatto non sussiste: brevi note sulla sentenza di Cassazione nel processo Agaish in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare](#), in *Questione Giustizia*, Febbraio 2023.

S. CARRERA, V. MITSILEGAS, J. ALLSOPP, L. VOSYLIŪTĖ, *Policing Humanitarianism. EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Hart Publishing, 2019.

C. CHASSANG, [La fin du délit de solidarité à la française?](#), in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2019.

M. R. DONNARUMMA, [«Le délit de solidarité». Un caso italiano](#), in *Diritto Penale e Uomo*, n. 1/2021.

M. DU JARDIN, [Solidarité en Europe : état de l'art sur la criminalisation de l'aide aux personnes en situation irrégulière](#), in *Déviance et Société*, n. 4/2022.

J. ESCOBAR VEAS, [Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018.

L. GRADONI E L. PASQUET, [Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3](#), in *SIDI Blog*, luglio 2019.

G. LEO, [Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 331, pres. Quaranta, rel. Frigo \(illegittima la prescrizione "obbligatoria" della custodia in carcere anche per il favoreggiamento dell'immigrazione illegale\)](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2011.

A. MARLETTA, [The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants](#), in *EU Law Analysis*, settembre 2020.

M. MINETTI, [The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy](#), in *New Journal of European Criminal Law*, n. 11/2020.

V. MITSILEGAS, [The normative foundations of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law](#), in *Sage Journals*, n.10/2019.

M. PATERNELLO, [Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato](#), in *Questione*

Giustizia, aprile 2018.

S. PERELLI, [Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?](#), in *Questione Giustizia*, marzo 2018.

A. R. SALERNO, [Diritto di asilo e criminalizzazione dell'assistenza ai migranti in Ungheria](#), in *Adim Blog*, febbraio 2022.

M. J. SANTIAGO, [Addressing migrant smuggling in the European Union. Challenges for a non-criminalized, coordinated and effective response](#), in *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement Working Paper Series No. 19/22*.

C. SICCARDI, [L'incostituzionalità parziale dell'art. 12 lett. d\) del Testo unico sull'immigrazione: profili sostanziali e processuali](#), in *Adim Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2022.

S. TREVISAN E U. MOELLER, [Punishing the facilitation of irregular migration. A comparative criminal law analysis of Germany and Italy](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019.

S. ZIRULIA, ["Friends, not foes": qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta](#), in *SIDI Blog*, luglio 2019.

S. ZIRULIA, [Non c'è smuggling senza ingiusto profitto](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2020.

S. ZIRULIA, [Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare](#), in *Sistema Penale*, 7 dicembre 2020.

S. ZIRULIA, *Is that a Smuggler?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.C. GATTA, V. MITSILEGAS E S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart Publishing, 2021.

S. ZIRULIA, [Caso Sea Watch \(Carola Rackete\): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra](#), in *Sistema Penale*, marzo 2022.

S. ZIRULIA, [La Corte Costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche](#), in *Sistema Penale*, 23 marzo 2022.

Altri materiali:

[Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria](#)
Commissione Europea, Comunicazione C/2020/6470 dell'1 ottobre 2020, [from the Commission Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence 2020/C 323/01](#)

Commissione Europea, Comunicazione COM/2020/609 def., dell'1 ottobre 2020, [from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum](#)

International Commission of Jurists, [Criminalization of humanitarian and other support and assistance to migrants and the defence of their human rights in the EU](#), Briefing paper 22 April 2022

VOSYLIŪTĖ E CONTE, [Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants](#), *Resuma Final Report*, June 2019.

Per citare questo contributo: M. PORCHIA, *La fine del délit de solidarité? Il Tribunale di Bologna rimette alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale sulla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, settembre 2023.