

**Recensione a “*La disciplina dell’immigrazione irregolare nell’Unione europea*” di Giovanni Cellamare (seconda ed., Torino, Giappichelli, 2021)\***

*Una preziosa occasione per riflettere sul valore interdisciplinare del diritto dell’immigrazione*

*di Giuseppe Licastro*

*dottore in Giurisprudenza (Istituto di Studi Europei Alcide De Gasperi, Roma)*

**1. “*La disciplina dell’immigrazione irregolare nell’Unione europea*”**

La seconda edizione del libro di Giovanni Cellamare, uscito alla fine del 2021 (la prima edizione del 2011, dal titolo *Lezioni su la disciplina dell’immigrazione irregolare nell’Unione europea*, I-168, era destinata, fondamentalmente, alla didattica), affronta l’analisi di un significativo *aspetto* del fenomeno dell’immigrazione nell’Unione europea che, senza dubbio, permane di scottante attualità, offrendo un quadro aggiornato, rapido ma puntuale, degli “strumenti” che assumono una particolare rilevanza nella disciplina di tale fenomeno e prestando ancora di più attenzione ai limiti posti sia da principi contemplati dal diritto dell’Unione europea, sia da (principi e) disposizioni del diritto internazionale da *osservare* (ovviamente) nel “contesto” delle *misure* di espulsione/allontanamento.

Nel primo capitolo, l’Autore procede nella disamina di questa delicata e complessa disciplina, delineando preliminarmente il «quadro di riferimento normativo» ed evidenziando l’incidenza del contenuto dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea (il TUE) «in sede» di interpretazione, applicazione, attuazione di *atti*, incidenza che assume una significativa valenza con particolare riferimento alle direttive (cfr. 22-26). La disamina prosegue, nel secondo capitolo, esaminando le «misure sull’immigrazione irregolare negli atti derivati e negli accordi di riammissione» (cfr. 27 ss.): l’Autore, però, prima di passare in rapida ma puntuale rassegna i diversi atti derivati che rilevano nel quadro generale e particolare della disciplina in esame nonché esaminare, relativamente agli accordi di riammissione, i *presupposti*, la *natura* della competenza a concludere detti *Accordi* (cfr. 126 ss.), distingue opportunamente l’espulsione/allontanamento dal respingimento, dall’accompagnamento alla frontiera e dal rimpatrio (cfr. 28 ss.). Da rilevare che appare più ampia, più incisiva, in questo secondo capitolo, rispetto alla precedente edizione del 2011, la disamina del codice frontiere Schengen (sottoposto ad esame da G. Cellamare nel corso della disamina della voce *Schengen (sistema di)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Vol. X - 2017, 841 ss., specie 845 ss.), una delle diverse misure esaminate nel quadro della disciplina relativa all’attraversamento delle frontiere (il “regime” dei controlli alla frontiera esterna), peraltro inserita nel contesto dell’efficace richiamo alla *gestione integrata delle frontiere esterne*, che menziona, in apertura, talune rilevanti disposizioni del regolamento (UE) 2019/1896 attinente alla nota agenzia (UE) FRONTEX (cfr. 41 ss., 47 ss.).

Nell’ultimo capitolo, concernente i «limiti all’espulsione in applicazione di norme internazionali sui diritti dell’uomo» (cfr. 145 ss.), l’Autore dedica molta cura all’esame di

---

\* Questo scritto origina dalla recensione al (suddetto) vol. di Giovanni Cellamare, in corso di pubblicazione in *L’Indice Penale*, fasc. n. 3/2022. Si tratta (però) di una versione adattata per la Rivista *Questione Giustizia*, nonché ampliata e aggiornata. Si ringrazia la Rivista *QG* per la cortese disponibilità (concessione) e attenzione alla versione adattata, ampliata e aggiornata proposta dall’autore (testo che contiene i collegamenti ipertestuali che figurano, per ragioni di spazio, in forma ridotta dal punto visivo, da cliccare, ove di interesse, al fine di consultare tempestivamente la dottrina, la documentazione, etc., citata, richiamata). Si ringrazia altresì la Redazione e la Vicedirettrice (Rita Sanlorenzo) della Rivista *QG*.

alcune norme della CEDU (specie all'art. 3), aggiunge il profilo del divieto di espulsioni collettive (art. 4 del protocollo n. 4 CEDU), inserisce alcuni cenni su aspetti di natura processuale, arricchisce i riferimenti alla corrispondente, pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (peraltro, in questo capitolo, ovviamente della seconda edizione, si nota un nuovo paragrafo aggiunto, il par. 2 dal titolo *La violazione della CEDU a mezzo di atti e comportamenti posti in essere dagli Stati parti della Convenzione al di fuori del proprio territorio o che abbiano effetti extraterritoriali* che contiene la giurisprudenza inerente l'“elemento” ‘giurisdizione’, ex art. 1 CEDU). Riguardo agli accordi di riammissione, l'Autore osserva l'importanza del contenuto di determinate *clausole* incluse negli accordi di riammissione, ossia, le *clausole di non incidenza* «sui diritti, gli obblighi e le responsabilità» dell'Unione europea (della CE), «dei suoi Stati membri e degli Stati terzi parti degli stessi accordi» che discendono dal diritto internazionale (ad esempio: dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951, cfr. 189<sup>1</sup>) nonché le suddette *clausole di non incidenza* in combinazione con il principio del *safe third country* (peraltro, questo profilo appare più ampio e mirato, a fronte, della precedente edizione del 2011).

La seconda edizione del libro in esame costituisce, quindi, uno strumento che consente, ulteriormente, di affrontare un “percorso” agevole nella comprensione di una delicata e complessa disciplina di interesse *anche* per il penalista e il processualpenalista *contemporaneo*.

## **2. Un assunto da tenere in considerazione: l'interesse del penalista e del processualpenalista *contemporaneo* “verso” il diritto internazionale e il diritto dell'Unione europea**

La dottrina penalista e la dottrina processualpenalista risultano senza dubbio interessate, attente alla disciplina prevista, regolata dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea, nonché alle *implicazioni* di detta disciplina<sup>2</sup>.

Tale interesse al diritto internazionale e al diritto dell'Unione europea si rinviene anche nel recente lavoro di due processualpenalisti, R. Orlandi e E. Valentini, “*Commercio*” di esseri umani e relative norme di contrasto nell'esperienza italiana (in A. Planchadell Gargallo (a

<sup>1</sup> In questi tempi di guerra, vale la pena ri-evocare le parole di Hannah Arendt contenute nel celebre saggio, pubblicato da poco in una nuova edizione italiana, *Noi rifugiati. A cura di D. Di Cesare*, ivi il saggio di commento della curatrice (33 ss.), Torino, 2022, 3-4: «Con noi il termine ‘rifugiato’ ha cambiato significato. Adesso i ‘rifugiati’ sono quelli tra noi che sono stati tanto sfortunati da arrivare in un nuovo Paese privi di mezzi e hanno dovuto ricorrere all'aiuto di un comitato di rifugiati. Prima che la guerra scoppiasse eravamo persino più insofferenti verso l'etichetta di ‘rifugiati’. Abbiamo fatto del nostro meglio per dimostrare agli altri popoli di non essere che semplici immigranti»; da richiamare, in tale contesto di tempi di guerra, le avvincenti riflessioni di M. Chiavario, manifestate nel corso del significativo ricordo di Mireille Delmas-Marty, dal titolo *Diritto e giustizia, pace e guerra, nel ricordo di Mireille Delmas-Marty giurista e umanista “visionaria”*, 1 ss., 9 ss., 13 ss., 19 ss., 22 ss., specie 23 ss., ove si segnala «tra i principi individuatori di altrettanti poli della [...] ideale ‘rosa dei venti’» di Mireille Delmas-Marty, quello della «solidarietà», in *La Legislazione Penale*, 6.5.2022, link: [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu).

<sup>2</sup> Da menzionare, ad esempio, per quanto riguarda la dottrina processualpenalista, il contributo di L. Scomparin, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: governo e parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale* (in *La Legislazione Penale*, 17.7.2017, 1 ss., specie 2 ss. il par. 2 sulle novità in materia di trattenimento amministrativo: un lungo elenco di domande invase e il par. 4 sulle novità processuali: un nuovo “attore” e alcune nuove discutibili regole, 7 ss. (v., più diffusamente, al link: [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu)), ove la tempestiva disamina (dell'epoca) sulle disposizioni, in materia di protezione internazionale e di contrasto dell'immigrazione illegale, contemplate dal d.l. n. 13/2017 convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017 n. 46, “mette a confronto” le “soluzioni” governative successivamente convertite, con la disciplina prevista dal diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale.

cura di), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia, 2022, 775 ss., pubblicato anticipatamente in *disCrimen*, 21.9.2022, 1 ss., specie 5-6, al link: [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), ove il (preliminare) richiamo agli strumenti internazionali e euro-unitari (...la direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e sulla protezione delle vittime, più volte posta all'attenzione nel corso della disamina; peraltro, atto richiamato da G. Cellamare, 38), "giova" a sostenere la tesi che "elemento" comune «a questa tipologia di atti normativi è l'attrazione dell'*human trafficking* nell'orbita del crimine organizzato, con una speciale attenzione alla figura della vittima percepita come particolarmente vulnerabile per lo stato di bisogno nel quale solitamente versa chi subisce i trattamenti di mercificazione caratteristici della tratta di persone», da cui discendono, *in thesi*, «conseguenze relevantissime sul piano delle scelte di diritto interno», anche sul piano del diritto processuale, «con riguardo al modo di organizzare l'indagine, agli strumenti disponibili per la sua attuazione, alle tecniche di formazione della prova testimoniale, ai limiti entro i quali può esprimersi il diritto di difesa per gli imputati gravati da questa specie di accuse»<sup>3</sup>.

Per quanto concerne la dottrina penalista, vale la pena di richiamare - a titolo meramente esemplificativo - un significativo "passaggio" che figura nel (quadro della disamina, del) contributo di A. Spena, dal titolo *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy* (in V. Militello, A. Spena, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden/Boston, 2019, 5 ss., specificamente 7-8), ossia: «[...] starting with the new millennium, the phenomenon of human smuggling became the subject of an increasingly detailed and pervasive inter- and supranational legal regulation. For our purposes, it will suffice to mention the principal sources of this regulation, which are the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (henceforth: unps), and the EU package against smuggling, made up of the so-called Facilitation Directive (henceforth: FD [la nota direttiva 2002/90/CE sul favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali]) and the so-called Facilitation Framework Decision (henceforth: ffd [la nota decisione quadro 2002/946/GAI sulla repressione penale del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali; peraltro, nel corso della disamina, non si trascura di menzionare il codice frontiere Schengen, ivi, 19, atto, appunto, posto all'attenzione da G. Cellamare, 41 ss., unitamente alla direttiva 2002/90/CE e alla decisione quadro 2002/946/GAI, 34 ss.]). The contents of these two sources (UN and EU) are only partly overlapping, as they are informed, to a good extent, by divergent logics. In what follows, I will not present these contents and logics autonomously, but in parallel with the analysis of Italian legislation, so as to understand the extent to which this latter conforms to international trends, as well as the extent to which it instead departs from them».

Per di più, l'interesse di A. Spena, ancora una volta, "verso" la disciplina delineata dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea (nonché, ovviamente, dalla corrispondente dottrina: si richiamano, tra gli altri, A.T. Gallagher, V. Mitsilegas), risulta altresì dalla lettura di un successivo (suo) contributo dal titolo accattivante *Smuggled migrants as victims? Reflecting on the UN Protocol against migrant smuggling and on its implementation*, ove si solleva la questione circa la possibilità di ritenere i migranti *contrabbandati* vittime di tale crimine: l'accurata disamina dell'approccio generale adottato sia dal Protocollo sul traffico di migranti che dal c.d. *Facilitation package*, ossia la direttiva 2002/90/CE e la decisione

---

<sup>3</sup> Da "tenere presente" nel quadro degli studi processualpenalistici sul fenomeno migratorio, il precedente contributo di E. Valentini, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, seconda edizione, Torino, 2021, 199 ss., specie l'analisi nel capitolo sesto, dal titolo *La procedura penale per lo straniero: tratti di specialità a ribasso*, 297 ss.

quadro 2002/946/GAI, induce l'Autore a sostenere che... «is possible» considerare i migranti *contrabbandati* vittime «in at least three different senses: smuggled migrants can be victimized by states fighting against migrant smuggling and irregular immigration (secondary victimization); but, of course, they can also be victimized by smugglers (primary victimization), in two ways: first, if smuggling is so performed as to put their lives, physical integrity or dignity at risk; secondly, smugglers also victimize migrants by profiting of their vulnerable condition, and their need to enter a foreign country, in order to gain economic benefit»<sup>4</sup>.

Da menzionare, infine, un intervento cronologicamente di poco precedente, ancora di A. Spena dal titolo *L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal facilitators package al nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*<sup>5</sup>: in questo intervento l'interesse "verso" il diritto dell'Unione europea - ove la disamina mette "l'accento" su talune criticità della strategia adottata a livello UE di contrasto al traffico di migranti, specie il c.d. *Facilitators package*, da ritenere «ormai anacronistico, bisognoso quanto prima di un profondo ripensamento e nei suoi presupposti di principio e nei suoi dettagli di disciplina» -, si manifesta in modo tangibile (peraltro, nel corso della disamina, l'Autore non trascura di "far presente" il delicato, *attuale* profilo attinente alla questione della criminalizzazione di *soggetti privati* che si adoperano nel fornire, prestare assistenza umanitaria, in particolare l'Autore cita la Comunicazione della Commissione, del 2020, «che aspira a fornire una sorta di interpretazione autentica dell'art. 1.2 della Direttiva 90/2002, che ne guidi l'implementazione», continua l'Autore... «sin qui per vero piuttosto deludente, da parte degli stati membri»<sup>6</sup>).

---

<sup>4</sup> Cfr. il contributo nel volume a cura di S. Forlati, ordinaria di diritto internazionale, dal titolo *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, Leiden/Boston, 2021, 43 ss., peraltro, un vol. che sembra rappresentare un valido "modello" di... *osmosi culturale*: di peculiare interesse per il penalista contemporaneo, in questo vol., il lavoro di L. Salvadego, associata di diritto internazionale, *The Smuggling Protocol and the Criminalization of Humanitarian Activities at Sea* e il lavoro di E. Zaniboni, ricercatore di diritto internazionale, *International Cooperation to Counter Migrant Smuggling and Human Trafficking through Special Investigative Techniques. Challenges in the Implementation of the International Legal Framework Regulating Undercover Operations in the Italian Legal System*, rispettivamente, 98 ss. e 109 ss.

<sup>5</sup> Cfr. nel forum, a cura di V. Militello, M. Savino, E. Cavasino, A. Spena, *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo: un cambio di passo per la mobilità in Europa?*, in *Giustizia Insieme*, 30.6.2021, link: [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>6</sup> Si rinvia, per una sintesi della Comunicazione, al mio scritto dal titolo *Traffico (smuggling) di migranti: una mirata sintesi delle Linee guida della Commissione sulla Direttiva sul favoreggiamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, (1) 2021, 173 ss., link: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it). Si segnalano inoltre (in argomento) i contributi nel volume curato da M. Cherif Bassiouni (scomparso nell'anno 2017, v. il link: [www.siracusainstitute.org](http://www.siracusainstitute.org)), uno dei fondatori dell'Istituto Internazionale di Studi Superiori in Scienze Criminali, da tempo ormai denominato il *Siracusa International Institute*, più precisamente il *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights* con sede a Siracusa (link: [www.siracusainstitute.org](http://www.siracusainstitute.org)), volume dal titolo *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005, che si apre proprio con la sua *Introduzione* (1 ss., nonché prosegue con due ulteriori suoi contributi, 33 ss., 93 ss.); di interesse in modo particolare la parte seconda di detto vol., intitolata: *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo: alla luce della Convenzione di Palermo* (209 ss.), ivi i contributi di A. Nunzi, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, G. Michellini, *I Protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone, contro il traffico di migranti, contro il traffico di armi*, E. Zanetti, *L'Italia e la Convenzione di Palermo* (rispettivamente, 231 ss., 241 ss., 257 ss.). Sia consentita una "digressione": da tenere presente che M. Cherif Bassiouni ha assai concentrato il suo impegno, la sua attività di studioso all'*international criminal law*, da richiamare, ad esempio, i tre tomi *International Criminal Law*, Leiden/Boston, 2008, la terza edizione: Vol. 1, *Sources, Subjects and Contents*, Vol. 2, *Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, Vol. 3, *International Enforcement* (per quanto riguarda la dottrina internazionalistica italiana, da menzionare uno studio monografico piuttosto datato, ma, ancora di interesse, di I. Caracciolo, ordinaria di diritto internazionale (al presente, giudice al Tribunale internazionale per il diritto del

Da rilevare che il *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights* e il Gruppo Italiano dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale (AIDP) hanno avuto modo di organizzare tempo addietro l'ottava edizione del *Corso di Formazione interdotto di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli" per Dottorandi e Dottori di ricerca*, sulla tematica dei traffici illeciti nell'area del Mediterraneo, tenutosi a Noto il 23-25.11.2017 (v. la comunicazione del *Siracusa International Institute* ancora disponibile al link: [www.siracusainstitute.org](http://www.siracusainstitute.org)). Ebbene, appare confacente riportare (sia consentito) una sorta di efficace "sinossi", "summa" di V. Militello concernente una serie di interventi sul tema del traffico di migranti presentati all'epoca, appunto, in occasione del corso interdotto di Noto - alquanto funzionale allo scopo di avvalorare, sempre più, il mio assunto - che figura nel (corso del) testo, appunto, di V. Militello, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale. Introduzione alla selezione di contributi al VIII Corso interdotto di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti (ISISC-AIDP Gruppo Italiano - Noto, 23-25 novembre 2017)*, in *Diritto Penale Contemporaneo - Riv. trim.*, (1) 2018 (4 ss., specificamente 8-9, link: [www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu](http://www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu)): «Un nutrito gruppo di interventi ha quindi affrontato il tema cruciale del traffico dei migranti nel Mediterraneo, che ha rappresentato il baricentro ed il banco di prova delle principali questioni affrontate nel Corso. A partire dalla relazione problematica fra traffico di migranti e tratta di esseri umani, che è stata esaminata tanto in relazione alla disciplina interna, quanto in una interessante prospettiva multilivello e comparata, a partire dal ruolo - costitutivo o solo circostanziale - giocato in materia dal dolo specifico di profitto. Un'attenzione adeguata anche all'attualità del problema è stata poi dedicata a verificare la possibilità che - al di là del fondamentale obbligo delle attività di salvataggio in mare di qualunque persona in difficoltà - si possa fondare una responsabilità penale degli operatori umanitari per i soccorsi in mare dei migranti, questione alimentata da alcune recenti iniziative giudiziarie tuttora in corso: molto opportunamente si è sottolineato come qui il ricorso a schemi dogmatici come quello dell'autore mediato finisce per rappresentare una soluzione non perfettamente aderente alle caratteristiche del fenomeno da regolare. Allo stesso tema, ma in una prospettiva più ampia che si pone anche problemi relativi alla validità della legge penale nello spazio, è stata dedicata una ulteriore riflessione al tema dei conflitti di giurisdizione in materia».

Da osservare che nelle note del testo di V. Militello si richiamano i seguenti interventi appunto presentati al *corso interdotto*, i contributi ivi pubblicati proprio nella rivista trimestrale *Diritto Penale Contemporaneo*, (1) 2018 (link: [www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu](http://www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu)): F. Urban, *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking* (121 ss.), J. Escobar Veas, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea* (111 ss.), S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici*

---

mare, v. <https://www.itlos.org/en/main/the-tribunal/members/judge-ida-caracciolo/>), *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000, nonché A. Cassese, ordinario di diritto internazionale (scomparso nell'anno 2011, v. <https://archives.eui.eu/en/isaar/635>), *Lineamenti di diritto internazionale penale*, vol. I. *Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, vol. II. *Diritto processuale*, Bologna, 2006).

Da tenere (altresì) presente che si discute di *argomenti* del diritto penale europeo... per citare il titolo di un vol. a cura di A. Damato, ordinaria di diritto dell'Unione europea, P. De Pasquale, ordinaria di diritto dell'Unione europea, N. Parisi, ordinaria di diritto internazionale, *Argomenti di diritto penale europeo*, seconda edizione, Torino, 2014 (v., sull'immigrazione irregolare, 310 ss., sulla tratta di esseri umani e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, 327 ss.; peraltro, la rilevanza, la portata, proprio del diritto penale europeo, si rinviene agevolmente dalla lettura della nota introduttiva al vol., di N. Parisi e D. Rinoldi, ordinario di diritto dell'Unione europea: *Per un diritto penale europeo: I Trattati di Unione e sul suo funzionamento nonché la carta dei diritti fondamentali*, XV ss., ove si sottolinea l'importanza del contenuto dell'art. 83 del TFUE (il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), specie dell'art. 83, par. 1, co. 3, TFUE, cfr. più diffusamente, XXXI-XXXII).

delle attività di ricerca e soccorso in mare (134 ss.), S. Orlando, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare* (145 ss.).

Si tratta di profili che, in prosieguo di tempo, gli studiosi penalisti hanno posto all'attenzione in modo costante: ad esempio, relativamente all'oggetto del contributo di S. Bernardi, occorre menzionare la rassegna di taluni orientamenti giurisprudenziali, la significativa casistica richiamata da S. Zirulia nel quadro della disamina svolta nel lavoro *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare* (in *Diritto Penale Contemporaneo - Riv. trim.*, (3) 2020, 143 ss., 147 ss., link: [www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu](http://www.dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu)), specie (153-154), la sentenza della Corte di Cassazione (v., per comodità, la rubrica *Giurisprudenza di legittimità* de *Archivio Penale*, link: [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)) sul noto caso della capitana *Rackete*, ove l'Autore conclude (la disamina), con una significativa constatazione sull'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., «oggiogiorno l'applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso alle operazioni di *search and rescue* poste in essere alle ONG nel Mediterraneo gode altresì di un'ulteriore conferma dotata dell'autorevole sigillo nomofilattico della Corte di Cassazione», un caso considerato «il *leading case* della stagione dei porti chiusi e della criminalizzazione dei soccorsi»<sup>7</sup>: un lavoro di S. Zirulia (*repetita iuvant*) *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, che si caratterizza - per riprendere le parole di V. Militello - «tanto in relazione alla [disamina della] disciplina interna, quanto in una interessante prospettiva multilivello e comparata».

Da menzionare un successivo intervento di 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*, 17.1.2022, al link: [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), ove, nel corso della disamina, vengono illustrate le ragioni del fondamento del provvedimento di archiviazione; con riferimento al delitto di favoreggiamento aggravato, l'Autore non solo illustra che «il GIP ha ritenuto operante la scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), integrata dalle norme di diritto internazionale che disciplinano gli obblighi di soccorso in mare gravanti sia sugli Stati sia sui comandanti delle navi», ma, al contempo, si premura di dare conto della ricostruzione del rilevante quadro internazionale, *rectius* degli strumenti internazionali, di riferimento (*appunto*), attraverso il richiamo alla richiesta di archiviazione formulata dalla Procura di Agrigento, ivi pubblicata «e richiamata nell'*incipit* del provvedimento in esame», peraltro, richiesta di archiviazione della Procura di Agrigento che, nel suo *excursus*, menziona anche gli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani.

Si tratta davvero di profili che, in prosieguo di tempo, gli studiosi penalisti hanno posto all'attenzione in modo costante: infatti, occorre da ultimo fare menzione del recente seminario di studi organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna, dal titolo *Diritti dei migranti e crimini internazionali. Nuove prospettive e sfide per la giurisdizione internazionale e domestica*, Bologna, 30.9.2022.

Nell'introduzione<sup>8</sup> che si riporta per sommi capi:

---

<sup>7</sup> Cfr. L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *La Legislazione Penale*, 22.11.2022, 15 (link: [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)), ove, peraltro, nella parte rivolta agli *snodi giuridici della questione*, 8 ss., specie 10, si rammenta opportunamente una storica sentenza della Corte di Strasburgo, il celebre, famoso caso *Hirsi*, che «aveva sancito l'illegittimità della prassi sino ad allora seguita dalla nostra Marina militare di riportare in Libia i migranti soccorsi o intercettati in acque internazionali, per violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Prot. 4 CEDU» (norme della CEDU *appunto* esaminate con accuratezza da G. Cellamare, v. *supra*).

<sup>8</sup> Cfr. l'introduzione contenuta nella locandina-programma del seminario di studi, 2 (cfr., appunto, la locandina-programma, in *Sistema Penale*, ivi l'introduzione, link: [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)).

- si pone all'attenzione, l'"incidenza" del fenomeno migratorio sul diritto penale, «non solo a livello internazionale, ma anche, e direttamente, a livello nazionale. Ad esempio», si rileva, che «la cooperazione tra guardia costiera italiana e guardia costiera libica solleva questioni di rilevanza penale nella misura in cui l'assistenza fornita dall'attore italiano potrebbe configurare un contributo significativo ai fini dell'applicazione delle fattispecie penali previste dal nostro ordinamento»<sup>9</sup>;

- si ritiene «Paradigmatica dell'intersezione tra fenomeno migratorio e diritto (penale) interno (...) altresì la sentenza del Tribunale di Messina del 2020 con cui è stata accertata l'esistenza di un'associazione a delinquere con base in Libia finalizzata all'estorsione e alla tortura ai danni di migranti intercettati nel Mar Mediterraneo e detenuti in un campo controllato ufficialmente dalle autorità libiche» (v. G. Mentasti, *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in *Sistema Penale*, 2.10.2020, link: [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it));

- si considera «la sfera degli obblighi di tutela dei diritti umani gravanti sugli Stati coinvolti nella gestione dei flussi migratori»<sup>10</sup>, e, «in particolare il delicato profilo giurisdizionale relativo a questi obblighi»<sup>11</sup>;

- si reputa opportuno discutere, confrontarsi sulle nuove sfide *per* il diritto penale, tanto a livello interno che a livello internazionale, per quanto riguarda la tutela dei diritti dei migranti<sup>12</sup>; sia sommessamente consentito di manifestare un pensiero: da tenere altresì

---

<sup>9</sup> Relativamente all'ausilio prestato alla guardia costiera libica, ma, non solo, sia consentito di richiamare taluni miei brevi spunti: anni addietro, nel corso della (mia) disamina del piano d'azione proposto dalla Commissione europea per il sostegno all'Italia nella gestione dei flussi migratori, avevo ipotizzato la predisposizione - del discorso, all'epoca, codice di condotta per le ONG, che, forse, ritornerà di attualità... di questi tempi... - «codice di condotta ONG teso a circoscrivere la zona operativa delle ONG, e dunque a limitare l'operatività alle acque internazionali, allo scopo, verosimilmente, di poter al contempo "portare avanti" l'intendimento di costruire adeguate capacità della Guardia costiera libica attraverso l'ausilio della nostra Guardia costiera, appoggio teso alla definizione dell'area SAR libica nonché all'istituzione del centro nazionale di coordinamento libico del soccorso in mare [...]»; avevo altresì ipotizzato «[...] la volontà di contribuire alla costruzione di adeguate capacità della Guardia costiera libica al fine di consentire al corpo libico di intervenire sempre di più (anche) nelle acque territoriali libiche, dunque, di legittimare tali interventi...»; avevo infine portato all'attenzione l'opinione manifestata, all'epoca, da due autorevoli United Nations Human Rights experts, F. González Morales e N. Melzer: «The EU's proposed new action plan, including a code of conduct for organizations operating rescue boats, threatens life and breaches international standards by condemning people to face further human rights violations in Libya», cfr., più diffusamente, il mio scritto *Brevi spunti "intorno" al piano d'azione della Commissione per il sostegno all'Italia nella gestione dei flussi migratori*, in *dUE – Osservatorio europeo*, settembre 2017, 1 ss., specie 4 e 8, del .pdf, link: [www.dirittounioneeuropea.eu](http://www.dirittounioneeuropea.eu).

<sup>10</sup> Dal punto di vista internazionalistico, occorrerebbe tenere presente, in tale contesto, il contributo di M. den Heijer, ricercatore di diritto internazionale, *The Practice of Shared Responsibility in relation to Refoulement*, SHARES Research Paper 84 (2016), al link [www.sharesproject.nl](http://www.sharesproject.nl), e di F. De Vittor, ricercatrice di diritto internazionale, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, (1) 2018, 5 ss., specie 20 ss.

<sup>11</sup> Dal punto di vista internazionalistico, occorrerebbe tenere comunque presente, in tale contesto, con riferimento all'"elemento" 'giurisdizione' ex art. 1 CEDU, il contributo di F. De Vittor, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, (2) 2020, 81 ss., specie 90 ss.

<sup>12</sup> Da tenere presente, in tale riflessione, uno studio pertinente di L. Maserà, che ha ripercorso le fasi salienti concernenti la nascita e il successivo sviluppo del diritto penale dell'immigrazione... *Il diritto penale "dei nemici" – La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, Atti VIII° convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Siracusa, 25-26 ottobre 2019), in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, (2) 2020, 805 ss.; sul *diritto penale "dei nemici"*, v. la monografia di L.

presente, nell'ambito di tale riflessione, il recente caso della Bielorussia sulla strumentalizzazione dei flussi migratori e strumenti di contrasto al traffico di migranti, un caso, che «pone davvero la questione della tutela dei diritti fondamentali, tanto da intaccare 'sensibilmente le garanzie del diritto di asilo, andando a derogare obblighi configurati in termini "assoluti", quali il divieto di trattamenti inumani e degradanti, il principio di non respingimento e la proibizione di espulsioni collettive'»<sup>13</sup>.

### 3. Conclusioni

La cronaca di questi giorni ripropone all'attenzione l'attività di soccorso in mare delle ONG. Si paventa una sorta di nuovo 'stallo' o di 'braccio di ferro' sullo sbarco nei nostri porti delle persone salvate in mare, posto che il recentissimo provvedimento adottato dal Ministro dell'Interno (al link [www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it)) sembra replicare il "modello" (verosimilmente 'rivisitato') del c.d. *decreto sicurezza*.

Con esso si contempla la possibilità, sulla scorta di condotte ritenute *non* «in linea con lo spirito delle norme europee e italiane in materia di sicurezza e controllo delle frontiere e di contrasto all'immigrazione illegale», di valutare l'adozione del provvedimento di divieto di ingresso nelle acque territoriali alle ONG, sulla base dell'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare: una norma che sembrerebbe costituire una sorta di 'cavallo di troia' per applicare il d.l. n. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 173/2020, che «ha apportato alcune modifiche alla nuova regolamentazione del transito e della sosta delle navi nel mare territoriale (nessun riferimento continua a essere fatto all'ingresso' anche se tale condotta sembrerebbe concettualmente implicita in quelle di 'sosta' e 'transito', dal momento che il naviglio non può né sostare né transitare senza prima fare ingresso nelle acque territoriali)»<sup>14</sup>.

Si evidenzia che: «In primo luogo, dall'art. 1 co. 2 del decreto è stato eliminato l'espresso riferimento all'art. 19 par. 2 lett. g della Convenzione di Montego Bay del 1982, che contempla il carico o lo scarico di persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero quale presupposto per la limitazione o il divieto del transito o della sosta di navi nel mare territoriale. L'unico presupposto legittimante il potere di interdizione ministeriale è dunque oggi rappresentato dai 'motivi di ordine e sicurezza pubblica', accompagnato da una generica previsione di conformità alle previsioni della Convenzione di Montego Bay. In secondo luogo, pur confermata l'espressa esclusione dell'applicabilità dei divieti in caso di operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nonché allo Stato di bandiera, è stato eliso il richiamo allo 'statuto dei rifugiati' e aggiunto il riferimento agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo»<sup>15</sup>.

---

Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 1 ss., 25 ss.

<sup>13</sup> Cfr., più diffusamente, il mio recente contributo *Il caso della Bielorussia sulla strumentalizzazione dei flussi migratori e strumenti di contrasto al traffico di migranti: brevi profili sulla rilevanza del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere EUROSUR*, in *Osservatorio sulle fonti*, (2) 2022, 237 ss., specie 247 ss., 250, nonché la dottrina ivi richiamata, ovviamente anche il vol. di G. Cellamare, al link: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

<sup>14</sup> Cfr. G. Mentasti, *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in *Sistema Penale*, 15.1.2021, al link [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>15</sup> Cfr. *ibidem*; v. anche lo scritto precedente di G. Mentasti, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sistema Penale*, 23.10.2020, al link [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it); sull'interpretazione dell'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, ma non solo..., v. il testo della relazione dell'audizione di G. Cataldi,

Da menzionare l'interessante, tempestiva intervista all'avvocato, presidente dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, A.G. Lana, che ha considerato «fuorviante» la citazione - da parte del Ministro dell'Interno - del caso *Hirsi*, in relazione alla responsabilità dello Stato di bandiera della nave *umanitaria*/degli Stati di bandiera delle navi *umanitarie*<sup>16</sup>.

Il «richiamo» all'osservanza del principio di non respingimento, figura - da ultimo - nel tempestivo intervento *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera* di Chiara Favilli, ordinaria di diritto dell'Unione europea (in *questa Rivista*, 8.11.2022, al link: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/porti-semichiusi>), ove si ritiene che, con l'adozione del Decreto interministeriale del 4 novembre 2022 si stabilisce «l'ammissione selettiva 'nei confronti delle persone che versino in condizioni emergenziali e in precarie condizioni di salute segnalate dalle competenti autorità nazionali'; a tutte le altre persone», *invece*, «viene riservata l'assistenza necessaria per l'uscita dalle acque territoriali»: ebbene, tramite questa disposizione - sostiene giustamente l'Autrice - si «regolamenta» «un respingimento collettivo, in violazione del principio di *non-refoulement*, sancito in molteplici regole di rango internazionale, europeo e nazionale: tutte le persone hanno infatti il diritto di sbarcare in un porto sicuro, non solo i minorenni e coloro che hanno bisogno di cure; nessuno può inoltre essere allontanato dalla frontiera senza un esame individuale della propria situazione [...]»<sup>17</sup>.

Occorre «tenere presente» (in tale *contesto*) *anche* il profilo del rispetto degli obblighi di protezione *rectius* un accesso effettivo a un'adeguata procedura di esame, vale a dire, concedere la possibilità di presentare una domanda alle autorità competenti al momento dello *sbarco*: invero... occorre richiamare l'allegato di un datato documento di lavoro della Commissione (del 2007) dal titolo *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea*<sup>18</sup>.

---

ordinario di diritto internazionale, nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1913, di conversione del decreto legge n. 53 del 2019, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, presso la Camera dei deputati (Commissioni riunite), Roma, 2.7.2019, 1 ss., specie 3 ss., in [www.camera.it](http://www.camera.it), il noto decreto sicurezza *bis*, v. S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18.6.2019, al link [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), che aveva introdotto il (famigerato) comma 1 *ter* all'art. 11 del Testo Unico immigrazione, abrogato dal d.l. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 173/2020, v. anche A. di Martino, L. Ricci, *L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in *La Legislazione Penale*, 1.3.2021, 1 ss., specie 5 ss., al link [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu).

<sup>16</sup> Cfr. più diffusamente, l'intervista de *il Manifesto* del 27.10.2022, dal titolo *Il caso Hirsi? Non giustifica il blocco delle navi. Sul possibile stop alle ong parla l'avvocato Anton Giulio Lana, il legale che preparò il ricorso alla Corte di Strasburgo*, nella newsletter del 31.10.2022, dell'Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani (al seguente link: [www.unionedirittiumani.it](http://www.unionedirittiumani.it)).

<sup>17</sup> Cfr. anche S. Trevisanut, *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, 244 ss., specie 252: «[...]», se uno Stato respinge, dal suo mare territoriale o dal limite di questo, una nave di migranti [...] senza controllare se a bordo vi siano dei richiedenti asilo e senza esaminare se essi possiedono i requisiti minimi per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, commette una violazione del principio di non respingimento sancito dall'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951. Similmente si contempla una violazione del principio di non respingimento come garantito dagli strumenti in materia di diritti fondamentali da cui derivano altre forme di protezione internazionale» (da richiamare qui l'appendice dal titolo *Some comments on relevant international law* della Resolution (20 maggio 2004) MSC.167(78), le note linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare dell'*IMO*, che al punto 7 contempla una sorta di monito...: cfr. più diffusamente la *Resolution* al link [www.refworld.org](http://www.refworld.org)).

<sup>18</sup> Nell'allegato (il doc. al link [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)) al punto 10 e al punto 11 della sez. 4.2.2. *Le contrôle et la surveillance dans la mer territoriale*, così si considerava: «10. Quant aux obligations en matière de protection qui découlent pour les États côtiers du droit communautaire, il convient de se référer

Le questioni e le problematiche accennate, suscitano - di giorno in giorno - l'“interesse” dei giuristi (ma non solo): il volume di G. Cellamare costituisce, dunque, di questi tempi, uno “strumento” prezioso per affrontare tali questioni e problematiche, senza dubbio delicate e complesse.

---

aux Articles 3 des Directives 2003/9/CE ("normes d'accueil") et 2005/85/CE ("procédures d'asile" [in GUUE L 326 del 13.11.2005, 13 ss.; v., *oggi*, la [direttiva 2013/32/UE](#) all'art. 3, par. 1, in GUUE L 180 del 29.6.2013, 60 ss.]) ainsi que du Règlement 343/2003 ("Dublin II"). En effet, il ressort de ces dispositions que les instruments communautaires en matière d'asile s'appliquent aux demandes d'asile introduites à la frontière ou sur le territoire d'un État membre. *Il en résulte que le champ d'application du droit communautaire en matière d'asile s'étend également à la mer territoriale des États membres.* 11. Dès lors, les États membres concernés sont obligés, en vertu de la [Directive 2005/85/CE](#), de garantir aux personnes interceptées ou secourues dans leurs eaux territoriales qui expriment la volonté de demander l'asile un accès effectif à une procédure d'examen appropriée, c.-à-d. de leur accorder la possibilité de déposer une demande auprès des autorités compétentes dès leur débarquement» (cfr. doc. SEC(2007) 691, del 15.5.2007, 13; sull'art. 3 della direttiva 2005/85/CE e il divieto di respingimento... di interesse il datato studio del 2007 di R. Weinzierl, U. Lisson, *Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea*, dicembre 2007, German Institute for Human Rights, 13-14, altresì di interesse sulla direttiva 2005/85/CE, 43 ss., al link: [www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)).