

L'art. 12-bis Tui: uno strumento sproporzionato e inefficace per il contrasto al traffico di migranti¹

di Stefano Zirulia

Il contributo esamina il delitto di cui all'art. 12-bis del Testo unico immigrazione, introdotto dal decreto legge n. 20/2023 all'indomani del tragicamente noto naufragio di Cutro. L'analisi rive-
la criticità attinenti sia alla prevedibile inefficacia della nuova figura di reato rispetto al dichiarato
obiettivo di contrastare le forme più gravi di traffico di migranti, sia alla manifesta sproporzione dei
minimi edittali rispetto alle condotte connotate da minore disvalore, come quelle riconducibili ai cd.
“migranti-scafisti”.

1. L'art. 12-bis Tui nel quadro della disciplina sul contrasto al favoreggimento dell'immigrazione irregolare / 2. Un caso emblematico / 3. Sanzioni più severe e meno flessibili, destinatari invariati: l'art. 12-bis come esempio di *legislative placebo* / 4. Analisi del reato: condotte ed eventi lesivi / 5. [segue:] Il dolo misto a colpa / 6. L'assenza della scriminante umanitaria. Altre cause di giustificazione / 7. La disciplina speciale sull'applicabilità della legge penale italiana / 8. Il trattamento sanzionatorio / 9. Profili di illegittimità costituzionale / 10. Conclusioni

1. L'art. 12-bis Tui nel quadro della disciplina sul contrasto al favoreggimento dell'immigrazione irregolare

L'art. 12-bis è stato introdotto nel Testo unico sull'immigrazione (Tui) all'indomani del naufragio di Cutro del 26 febbraio 2023, mediante il decreto legge che, nel gergo comune, di quel tragico evento ha ereditato il nome¹. Già dalla collocazione della nuova

disposizione si comprende che essa è stata concepita a completamento della disciplina penale per il contrasto al favoreggimento dell'immigrazione irregolare, fino a quel momento affidata principalmente all'art. 12 Tui (le cui pene sono state inasprite dal medesimo decreto). Quest'ultima disposizione rappresenta, a sua volta, la fedele attuazione degli obblighi di tutela penale dettati dal combinato disposto della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI (spesso congiuntamente richiamate con l'e-

* Pubblicato su *Questione giustizia online* il 22 luglio 2025 (www.questionejustizia.it/articolo/reato-immig-cland-morte-lesioni).

1. Decreto legge 10 marzo 2023, n. 20 (conv., con modif., dalla legge 5 maggio 2023, n. 50), recante «*Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*». L'art. 8, comma 1, lett. b del decreto ha introdotto nel Testo unico immigrazione l'art. 12-bis, che racchiude la fattispecie delittuosa qui in commento, rubricata «*Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina*». Per uno sguardo d'insieme sul cd. “decreto Cutro”, vds. M. Ambrosini, *Il decreto Cutro e le tre politiche dell'immigrazione in Italia*, in *Politiche sociali*, n. 3/2023, pp. 507 ss.

spressione *Facilitators Package*), che impongono agli Stati membri di predisporre sanzioni di natura penale nei confronti di chiunque, in violazione della disciplina sull'immigrazione, agevoli l'ingresso, il transito o la permanenza di stranieri in uno Stato membro². Si tratta di una disciplina da tempo oggetto di critiche³, specialmente nella parte in cui, ricomprensendo nella definizione delle condotte illecite qualunque forma di agevolazione dell'ingresso irregolare, e al contempo lasciando liberi gli Stati membri di prevedere cause di giustificazione per le condotte umanitarie (facoltà che in pochissimi hanno esercitato, e tra essi non figura l'Italia)⁴, rischia di tradursi nella criminalizzazione di atti motivati da finalità di soccorso o comunque a sfondo solidaristico⁵. Giova, per inciso, evidenziare che sul punto è recentemente intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza *Kinsa*)⁶, escludendo dall'ambito di applicazione della direttiva 2002/90/CE la condotta di colui o colei che agevola l'ingresso irregolare di minorenni di cui ha l'effettiva custodia, sulla scorta di un'interpretazione restrittiva della nozione di favoreggiamento fondata sul principio di

proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, in combinato disposto con il diritto alla famiglia, i diritti del minore e il diritto d'asilo sanciti dalla stessa Carta. Pur trattandosi di principi circoscritti al contesto delle relazioni familiari – che, del resto, era quello rilevante nel caso *a quo* –, la sentenza conferma la necessità di restringere la portata degli obblighi di tutela penale dettati dal *Facilitators Package* onde evitare effetti sovra-criminalizzanti incompatibili con la Carta dei diritti fondamentali, in linea con quanto aveva puntualmente evidenziato l'ordinanza di rinvio pregiudiziale⁷.

Tornando all'art. 12-bis, l'intenzione dichiarata dal Governo italiano contestualmente al varo del cd. “decreto Cutro” era predisporre uno strumento idoneo alla *repressione del traffico di migranti e di esseri umani*, nei casi, purtroppo frequenti soprattutto nel contesto delle migrazioni irregolari via mare, in cui dal favoreggiamento derivino eventi non voluti di *morte e/o lesioni personali*⁸. Per come la norma incriminatrice è stata formulata, tuttavia, essa non incide sull'area della punibilità⁹, limitandosi a inasprire

2. Per l'analisi di tali strumenti sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 29 ss.

3. Cfr., *ex multis*, V. Mitsilegas, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1/2019, pp. 68 ss.; S. Carrera - E. Guild - A. Aliverti - J. Allsopp - M.G. Manieri - M. Levoy, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, Parlamento europeo, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), 2016; S. Carrera - L. Vosyliute - S. Smialowski - J. Allsopp - G. Sanchez, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, Parlamento europeo, Commissione per le petizioni (PETI), 2018 (aggiornamento).

4. L'art. 12, comma 2, Tui contiene una scriminante umanitaria applicabile solamente alle condotte realizzate in Italia e a beneficio di stranieri irregolari che già si trovano sul territorio, dunque per definizione inapplicabile al favoreggiamento dell'ingresso irregolare. Per uno sguardo comparatistico sulle scelte compiute degli Stati membri, sia consentito rinviare nuovamente a S. Zirulia, *Il favoreggiamento*, *op. cit.*, pp. 46 ss.

5. Rischio tutt'altro che teorico, come dimostrano i numerosi *report* che convergono nell'evidenziare l'esistenza di forme più o meno dirette di criminalizzazione: cfr., da ultimo, PICUM, *Criminalisation of migration and solidarity in the EU*, 2024 (<https://picum.org/wp-content/uploads/2025/04/Criminalisation-of-migration-and-solidarity-in-the-EU-2024-report.pdf>).

6. Cgue [GC], 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*.

7. Cfr. Trib. Bologna, ord. 17 luglio 2023, in *Sist. pen.*, 31 luglio 2023. La giudice rimettente, su istanza della difesa dell'imputata (una donna congolesa che aveva tentato di introdurre in Italia la figlia e la nipote, entrambe minorenni, presentandosi all'aeroporto di Bologna con documenti falsi), aveva peraltro articolato una questione pregiudiziale di più ampio spettro, volta a ottenere una pronuncia che affrontasse il problema della “criminalizzazione della solidarietà” in tutte le sue molteplici sfaccettature.

8. Riportiamo un passaggio delle dichiarazioni rilasciate dalla Presidente del Consiglio dei ministri il 9 marzo 2023, nell'introduzione alla conferenza stampa successiva al varo del “decreto Cutro”, a proposito dell'obiettivo perseguito mediante l'introduzione del nuovo reato: «*Questa gente io la voglio combattere, questa gente io la voglio sconfiggere, e credo che questa sia la politica più seria che si possa fare: è la ragione per la quale noi abbiamo varato questo decreto, la cui norma probabilmente principale riguarda proprio le pene e i reati legati alla tratta di esseri umani. Il decreto (...) prevede soprattutto l'introduzione di una nuova fattispecie di reato relativa alla morte o alle lesioni gravi in conseguenza del traffico di clandestini, che prevede per questi criminali di essere puniti con una pena fino a 30 anni di reclusione (...) nel caso in cui muoiano delle persone durante una di queste traversate. Attenzione. Elemento che io considero molto importante è che il reato verrà perseguito dall'Italia anche se commesso al di fuori dei confini nazionali: per noi chi si rende responsabile di lesioni gravi o di morte mentre organizza la tratta degli esseri umani è perseguitibile con un reato che noi consideriamo reato universale (...). E per me questo è un elemento molto importante perché cambia completamente l'approccio del Governo italiano rispetto a quello che abbiamo visto negli ultimi anni (...) quello che vuole fare questo Governo e andare a cercare gli scafisti lungo tutto il globo terracqueo, perché vogliamo rompere questa tratta*».

9. Cfr. A. Natalini, *Pene più alte per il favoreggiamento: con l'ipotesi aggravata fino a 16 anni*, in *Guida al diritto*, n. 11/2023, p. 108. Paradossalmente, l'area della punibilità risulta ristretta, tenuto conto che la nuova fattispecie non comporta, a differenza dell'art. 12 aggravato (art. 25-duodecies d.lgs n. 231/2001), la responsabilità da reato delle persone giuridiche.

ulteriormente le già severissime pene previste dall'art. 12 Tui, in concorso formale, ai sensi dell'art. 586 cp, con gli artt. 586 e 589 cp. È pertanto prevedibile che, esattamente come accadeva in passato, i principali destinatari delle nuove e più severe sanzioni non saranno, se non del tutto marginalmente, gli affiliati alle organizzazioni criminali dediti al *migrant smuggling*, i quali del resto adottano modalità operative tali da prevenire in radice l'incontro con le autorità di frontiera. Più verosimilmente la norma colpirà i cd. "migranti-scafisti", ossia coloro i quali, per costrizione o necessità, si mettono al timone o svolgono altre mansioni ausiliarie a bordo¹⁰, nelle sventurate ipotesi in cui, per naufragio o altra causa, qualcuno dei passeggeri trovi la morte o riporti lesioni personali. Particolamente significativo, a tale riguardo, è che l'inasprimento sanzionatorio riguardi, a conti fatti, i soli minimi edittali, cioè le pene applicabili alle condotte contrassegnate dal disvalore relativo più basso, come appunto quelle dei migranti-scafisti¹¹. Più che colpire trafficanti di migranti ed esseri umani (categorie, peraltro, concettualmente distinte e spesso sovrapposte in maniera più o meno strumentale), il legislatore sembrerebbe avere dunque messo a punto un congegno normativo finalizzato a legare le mani ai giudici in fase di commisurazione della pena, impedendo loro di calibrarla in funzione delle caratteristiche che, in concreto, assume la condotta dell'imputato.

2. Un caso emblematico

La notte del 17 giugno 2024 la nave "Nadir" dell'Ong tedesca Resqship soccorreva in acque internazionali, ricomprese nella zona SAR maltese, una barca di legno di circa 10 metri in precarie condizioni di stabilità. A bordo erano presenti 54 migranti; sottocoperta, 10 corpi ormai senza vita. Dopo essere stati tratti in salvo, i migranti venivano trasbordati su una motovedetta della Guardia costiera italiana, nel frattempo intervenuta su richiesta dell'IMRCC Roma, che li conduceva a Lampedusa. Presso la stessa isola veniva trainato il barcone, dal quale erano infine estratte le salme delle vittime, morte verosimilmente per asfissia. Nei giorni seguenti venivano avviate le indagini finalizzate a individuare, tra i passeggeri,

eventuali "scafisti". Escussi a sommarie informazioni, cinque migranti identificavano M.H.A. come colui che aveva condotto l'imbarcazione dalla Libia fino all'arrivo dei soccorsi. Un altro migrante, minorenne all'epoca dei fatti, veniva riconosciuto come colui che aveva costretto i passeggeri poi deceduti a rimanere sottocoperta, minacciandoli con un coltello. Nei confronti di entrambi era avviato un procedimento per il reato di cui all'art. 12-bis Tui. Parimenti, nei confronti di entrambi veniva disposta la custodia cautelare, rispettivamente in carcere e in i.p.m.. Con particolare riguardo alla posizione dell'indagato maggiorenne, il Gip di Agrigento riteneva che le dichiarazioni accusatorie rese dagli altri passeggeri costituissero, nel loro insieme, gravi indizi di colpevolezza, in quanto mettevano in luce il contributo causale fornito dall'indagato all'ingresso irregolare, a prescindere dalla sua affiliazione o meno al gruppo di trafficanti che aveva organizzato il tragitto. Il giudicante riteneva viceversa inattendibile, per assenza di riscontri, la ricostruzione dei fatti fornita dall'indagato, il quale aveva riferito di essersi trovato costretto a prendere il timone quando il comandante originario era stato prelevato da un'imbarcazione di libici. Sempre in ragione della ritenuta inattendibilità di tale ricostruzione alternativa, il giudice escludeva la sussistenza degli estremi dello stato di necessità.

3. Sanzioni più severe e meno flessibili, destinatari invariati: l'art. 12-bis come esempio di *legislative placebo*

Il caso brevemente riassunto, di cui non si conoscono gli sviluppi successivi, sembrerebbe confermare la previsione, avanzata in apertura del presente contributo, in ordine ai verosimili principali destinatari delle inflessibilmente severe pene previste dall'art. 12-bis Tui. Sembra infatti ricorrere, quanto meno alla luce dei fatti posti alla base dell'ordinanza di custodia cautelare, tutti gli elementi ricorrenti nelle vicende che coinvolgono migranti-scafisti: un quadro indiziario basato essenzialmente sulle sommarie informazioni rilasciate da alcuni passeggeri; l'escussione di questi ultimi come persone informate sui fatti, senza le garanzie

10. L'espressione «ausiliario» è stata utilizzata, ad esempio, per descrivere la condotta di Maysoon Majidi, la richiedente asilo curdo-iraniana che, secondo l'ipotesi accusatoria formulata dalla Procura di Crotone, aveva prestato assistenza al comandante di un barcone carico di stranieri irregolari proveniente dalla Turchia e sbarcato sulle coste calabresi. La donna è stata recentemente assolta in primo grado per non aver commesso il fatto: Trib. Crotone, 5 febbraio 2025, in *Sist. pen.*, 15 maggio 2025, con nota di S. Zirulia.

11. Per questa osservazione vds. L. Masera, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Questione giustizia online*, 3 aprile 2023, par. 3.2. (www.questionejustizia.it/articolo/immigrazione-masera). Mentre infatti il limite massimo di trent'anni di reclusione, invalicabile ex artt. 66 e 78 cp, era infatti già raggiungibile in base alla disciplina previgente, i limiti minimi previsti dall'art. 12-bis risultano significativamente più elevati. Sul punto si tornerà *infra*, parr. 8 e 9.

previste per l'indagato di reato connesso (sul presupposto che i migranti soccorsi in mare non possono essere considerati «stranieri irregolari» ai fini della contravvenzione ex art. 10-bis Tui); il mancato riconoscimento della scriminante dello stato di necessità, sulla scorta di un'interpretazione rigorosa, e discutibile, dell'onere di allegazione degli elementi idonei a fonderlo. Ciascuno di questi elementi presenta criticità che meriterebbero un'autonoma trattazione, peraltro già oggetto di altri contributi¹², e comunque estranea allo scopo del presente scritto. Ciò che qui preme evidenziare è che ci troviamo al cospetto di una norma incriminatrice il cui prevedibile effetto consisterà, semplicemente, nel sottrarre all'ambito di applicazione di norme penali già esistenti (e comunque severamente presidiate) tutti (e indistintamente) i casi in cui il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare produca morti e/o lesioni non volute, riservando ad essi un trattamento sanzionatorio ancora più severo e, soprattutto, meno flessibile in fase di commisurazione.

Alla luce di queste premesse, sembra lecito nutrire sin d'ora seri dubbi in merito alla capacità della nuova fattispecie di realizzare gli ambiziosi obiettivi di lotta al traffico di migranti ed esseri umani per i quali è stata concepita, e parimenti non sembra azzardato prospettare la sua riconducibilità alla categoria dei cd. *“legislative placebo”*¹³, ossia delle disposizioni introdotte al solo scopo di produrre sensazioni di appagamento nell'opinione pubblica – in questo caso, la convinzione che lo Stato si stia attrezzando per porre un freno ai flussi migratori irregolari e prevenire nuove morti in mare – pur nella consapevolezza della loro sostanziale inefficacia.

4. Analisi del reato: condotte ed eventi lesivi

Come già si comprende dalla rubrica, la norma incriminatrice riunisce, in un reato complesso, condotte di favoreggiamento dell'ingresso irregolare ed

eventi di morte o lesioni personali (gravi o gravissime), che a quelle condotte siano causalmente riconducibili, ancorché non voluti.

La condotta è descritta attingendo ampiamente alle formule rintracciabili nella fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12 Tui. È punito, infatti, chiunque, «in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o in qualunque modo effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente». La condotta si perfeziona, dunque, *a prescindere dall'effettivo ingresso dello straniero* nel territorio, essendo sufficiente la realizzazione di atti diretti a procurarlo. La precisazione che il trasporto assume rilievo *«in qualunque modo»* venga effettuato, assente nell'art. 12, appare per un verso superflua (tenuto anche conto dell'onniscrittività della successiva formula «altri atti diretti»)¹⁴, e per altro verso confermativa dell'impresione, sopra riferita, secondo cui tra gli obiettivi non dichiarati dal legislatore vi fosse quello di colpire con pene esemplari anche le condotte che contribuiscono marginalmente alle fasi esecutive del trasporto. È bene, inoltre, precisare che, benché si tratti, tenuto conto della sua già riferita genesi, di una disposizione pensata per le migrazioni irregolari via mare (settore nel quale spesso si affiancherà all'applicazione del delitto di naufragio colposo), nulla osta alla sua applicazione anche alle migrazioni irregolari via terra o via aria.

Quanto all'*irregolarità dell'ingresso*, la giurisprudenza formatasi sull'art. 12 valorizza il richiamo in blocco al Testo unico immigrazione per affermare che a venire in rilievo non è solo l'ingresso clandestino, ossia elusivo dei controlli documentali ai vanchi di frontiera¹⁵, bensì anche quello procurato mediante condotte fraudolente, in particolare condizionando in maniera illecita, mediante false dichiarazioni o documenti mendaci, i procedimenti amministrativi

12. Per accurati *report*, vds. Arci Porco Rosso e Alarm Phone, *Dal Mare al Carcere. La Criminalizzazione dei cosiddetti scafisti*, 15 ottobre 2021 (<https://dal-mare-al-carcere.info/>), nonché i successivi aggiornamenti, pubblicati con cadenza annuale. Per uno studio di taglio empirico-criminologico, vds. F. Patanè - M.P. Bolhuis - J. van Wijk - H. Kreiensiek, *Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of Scafisti in Italy*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 2/2020, pp. 123 ss. Per un'analisi critica dei principali problemi di accertamento della responsabilità penale dei “migranti-scafisti”, vds. ancora S. Zirulic, *Il favoreggiamento*, *op. cit.*, pp. 217 ss.

13. M. Stępień e W. Zomerski, *Exploring legislative placebo: a new framework for understanding deliberate ineffective legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, n. 2/2025, pp. 181-212. Per una critica radicale alla strategia comunicativa adottata dalla Presidente del Consiglio dei ministri in occasione della presentazione del “decreto Cutro”, vds. W.S. Baroni, *Giorgia Meloni a Cutro. Una parodia cinica*, in *Mondi migranti*, n. 2/2024, pp. 241 ss.

14. Così U. Nazzaro, *Smuggling of migrants e trafficking in persons alla luce della l. 5 maggio 2023, n. 50: spunti di riflessione sui soggetti “altamente vulnerabili”*, in *Cass. pen.*, n. 5/2024, p. 1679.

15. *Cfr. ex multis*, rispetto al trasporto clandestino via terra, Cass., sez. I, 16 aprile 2021, n. 27394, *S.K.E.*; Cass., sez. I, 13 maggio 2016, n. 9636, *B.A.A.*; via mare, Cass., sez. I, 11 gennaio 2022, n. 8175, *Garouz*; Cass., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, *Jomaa Laamami e al.*

funzionali al rilascio di nulla osta e visti di ingresso¹⁶. È evidente, peraltro, che sarà soprattutto la prima categoria di ipotesi, quella degli ingressi clandestini, a interessare la fattispecie in esame, trattandosi delle situazioni in cui statisticamente si verificano gli eventi di morte o lesioni personali. Sempre la giurisprudenza formatasi sull'art. 12 ritiene, addirittura, che il reato sussista anche in presenza di (atti diretti a procurare) un ingresso formalmente regolare (ad esempio, con visto turistico), laddove esso sia preordinato a una successiva permanenza irregolare. Si tratta di un'interpretazione evidentemente finalizzata a garantire la più ampia tutela possibile al bene giuridico dell'integrità delle frontiere, ma che a ben vedere, proprio in quanto sospinta da un'eccessiva vocazione teleologica, finisce per sconfinare nell'analogia *in malam partem*, equiparando situazioni non solo oggettivamente diverse, ma considerate tali dallo stesso legislatore, il quale per il favoreggiamento della permanenza irregolare ha previsto una fattispecie *ad hoc*, applicabile solo in presenza del dolo specifico di ingiusto profitto (art. 12, comma 5, Tui).

Il reato è a forma vincolata, dovendo essere realizzato «con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sot-toponendole a trattamento inumano o degradante». Evidente la sovrappponibilità con le ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'ingresso irregolare previste dall'art. 12, comma 3, alle lettere *b* e *c*, sebbene in quel caso il richiamo alle «persone trasportate» non lasci dubbi in merito al fatto che le modalità descritte debbano avere, quali destinatari, gli stessi migranti, mentre nell'art. 12-bis il mero riferimento alle «persone» non risulta altrettanto univoco. Il reato potrebbe dunque, in linea di principio, sussistere anche quando a essere esposto a pericolo non sia il migrante bensì un *soggetto terzo* (si pensi al trafficante che, nel tentativo di superare un posto di blocco di polizia, travolga uno o più agenti), oppure *concorrenti nel reato* (si pensi al membro dell'equipaggio dell'imbarcazione sovraccarica di migranti che cada in mare e anneghi durante una burrasca).

Elemento qualificante il reato in esame è senza dubbio l'evento lesivo, che deve consistere nella morte e/o nelle lesioni personali, in forma almeno grave,

di una o più persone. Anche in questo caso, nulla è specificato con riferimento ai soggetti passivi, i quali pertanto potranno essere *anche soggetti diversi dai migranti*, siano essi terzi o concorrenti nel reato. Come per ogni reato d'evento, occorrerà verificare il *nesso di causalità* con la condotta tipica, e segnatamente verificare che gli atti diretti a procurare l'ingresso irregolare, realizzati con modalità tali da generare un pericolo per la vita o l'incolumità, ovvero da ammontare a trattamenti inumani o degradanti, siano stati condizioni necessarie dell'evento lesivo. Detto altrimenti, l'evento dovrà rappresentare la concretizzazione dello specifico rischio attivato dalla condotta tipica¹⁷. Ad esempio, nel caso sopra richiamato, la decisione di costringere le dieci vittime a rimanere sottocoperta durante la traversata ha rappresentato, con alto grado di probabilità, la *condicio sine qua non* della loro morte per asfissia.

L'inclusione dei descritti eventi lesivi nella struttura del reato vale a renderlo *plurioffensivo*: pur infatti condividendo con l'art. 12 Tui la funzione di tutelare l'ordinata gestione dei flussi migratori e l'integrità delle frontiere nazionali, l'art. 12-bis al contempo estende il fuoco della tutela alla vita e all'integrità fisica (*in primis*, ma come visto non solo) dei *migranti irregolari*, i quali pertanto assumo la veste di *soggetti passivi* del reato¹⁸.

5. [segue:] Il dolo misto a colpa

Il reato è a *dolo generico* per quanto riguarda la realizzazione della *condotta*. L'agente si deve essere rappresentato e deve aver voluto procurare l'ingresso irregolare di uno o più stranieri, con modalità qualificabili in termini di trattamenti inumani o degradanti, ovvero tali da porne in pericolo la vita o l'integrità fisica. A differenza di quanto accade rispetto all'art. 12, comma 3, Tui, dove le modalità in parola configurano le circostanze aggravanti di cui alle lett. *b* e *c*, e dunque possono essere imputate a titolo di colpa¹⁹, qui le stesse dovranno essere oggetto di rappresentazione e volizione, trovandoci al cospetto di una *fattispecie delittuosa autonoma*. Sebbene infatti, come già evidenziato, l'unica portata innovatrice

16. *Ex plurimis*, Cass., sez. I, 12 settembre 2019, n. 39570, *P.D. e al.*; Cass., sez. I, 30 maggio 2019, n. 35510, *Fantini e al.*

17. In questo senso N. Granocchia, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"*, in *Arch. pen.*, n. 3/2023, p. 21.

18. Ufficio del massimario, *Relazione su novità normativa n. 84*, 22 novembre 2023, p. 118.

19. Il contrasto giurisprudenziale sulla natura circostanziale o autonoma delle ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, Tui è stato ricomposto a favore della natura circostanziale dalla Cassazione a sezioni unite, nella sentenza *Mizanur* (21 giugno 2018, n. 40982, CED 273937), in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2019, p. 484, con nota di F. Basile (www.altalex.com/documents/2019/05/21/favoreggiamento-aggravato-dell-immigrazione-illegale-circostanza-aggravante-o-reato-autonomo).

dell'art. 12-bis sia sul *quantum* – e non sull'*an* – della punibilità, la volontà del legislatore di introdurre una fattispecie autonoma, oltre ad essere esplicitata nella relazione di accompagnamento al ddl di conversione del “decreto Cutro”²⁰, trova riscontro nella scelta di introdurre una disposizione *ad hoc* (anziché arricchire ulteriormente il catalogo delle aggravanti speciali di cui all'art. 12); e trova altresì conferma in alcuni indici sistematici, tanto interni all'art. 12-bis (il comma 1 è richiamato, nei commi successivi, come «fatto» o «reato»), quanto esterni allo stesso (il rinvio operato dall'art. 12-bis, comma 5, a una serie di istituti previsti dall'art. 12 risulterebbe superfluo laddove il primo fosse una mera aggravante del secondo)²¹. Il carattere necessariamente doloso delle modalità della condotta comporta che il reato non sussisterà ognqualvolta la situazione di pericolo, ovvero quella inumana o degradante, non siano state previste e almeno accettate dall'agente: si pensi all'attraversamento di un valico alpino tra l'Italia e la Francia lungo un sentiero di per sé non pericoloso, ma che tale diviene a causa di una violenta perturbazione, non prevista dal *passeur*, durante la quale una persona perde la vita scivolando in un precipizio.

Diverso il discorso relativo all'*errore sull'irregolarità dell'ingresso*. Si pensi, riformulando l'esempio appena proposto, all'agevolatore consapevole della perturbazione in arrivo (il quale proprio per tale ragione decida di intraprendere il cammino confidando nell'assenza di pattuglie della polizia di frontiera), ma al contempo convinto che l'ingresso dello straniero non sia irregolare, trattandosi di una persona in fuga dal Sudan che intende attraversare clandestinamente la frontiera italo-francese solo per paura di essere respinto in Italia, avendo intenzione di chiedere asilo in Francia. In un caso di questo tipo, l'errore dell'agevolatore, inconsapevole che la disciplina di Dublino obbliga a chiedere asilo nel primo Paese di ingresso nell'Unione, dovrebbe essere qualificato come errore di diritto su una disciplina extrapenale integratrice del preceppo, e pertanto ricadrebbe nell'art. 5 cp. Invero, in maniera analoga a quanto si è più diffusamente illustrato rispetto all'art. 12 Tui²²,

anche la norma incriminatrice in esame può considerarsi parzialmente in bianco, posto che il concetto di ingresso illegale contribuisce in maniera decisiva a definirne il disvalore, e non può essere compreso se non facendo riferimento alla disciplina di settore applicabile (proprio come accade, *mutatis mutandis*, per il richiamo operato dall'art. 73 dPR n. 309/1990 alle tabelle ministeriali delle sostanze stupefacenti). La responsabilità dovrà comunque essere esclusa in caso di errore scusabile, situazione per nulla teorica, tenuto conto dell'estrema complessità della disciplina, nazionale ed europea, sull'immigrazione, delle frequenti riforme che la investono, nonché delle oscillazioni giurisprudenziali nella sua interpretazione. Per completezza, occorre chiarire che l'errore sulla regolarità dell'ingresso può risolversi anche in un errore di fatto, come nel caso in cui una persona ottenga aiuto per raggiungere clandestinamente l'Europa avendo mentito in ordine alla propria provenienza, al fine di apparire un richiedente asilo anziché un migrante economico. In tal caso troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 47 cp, e la responsabilità dovrà essere sempre esclusa posto che, anche nell'eventualità in cui l'errore fosse evitabile, non esiste una corrispondente fattispecie colposa di favoreggiamento.

Passando al criterio di imputazione degli eventi lesivi di morte e/o lesioni personali, per espressa previsione normativa essi non devono essere previsti e voluti (laddove lo fossero, anche solo con dolo eventuale, troveranno applicazione, in luogo dell'art. 12-bis Tui, l'art. 12 in concorso formale con gli artt. 575 e/o 582 cp). In virtù del principio di colpevolezza, assunto a canone ermeneutico in grado di adeguare alla Costituzione fattispecie che altrimenti configurerebbero illegittime ipotesi di responsabilità oggettiva, gli stessi eventi dovranno essere rimproverabili all'agente a titolo di colpa, anche cosciente se ne ricorrono i presupposti, *sub specie* di prevedibilità in concreto²³. Occorrerà pertanto verificare se, per le modalità del trasporto e/o per altre circostanze del caso concreto, fosse *ex ante* prevedibile che il pericolo generato dalla condotta base dolosa sfociasse

20. Senato della Repubblica, *Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 591 di conversione in legge del d.l. 10.3.2023, n. 20*, 10 marzo 2023, pp. 9 ss.

21. Nel senso della natura autonoma, con ulteriori argomentazioni, vds. U. Nazzaro, Smuggling of migrants, *op. cit.*, p. 1679; N. Granocchia, *L'imputazione*, *op. cit.*, pp. 8 ss.; *contra*, benché in forma dubitativa, L. Masera, *Le disposizioni penali*, *op. cit.*, par. 3.1., il quale propone argomenti a sostegno della natura circostanziale.

22. S. Zirulia, *Il favoreggiamento*, *op. cit.*, p. 122.

23. Nulla osta, a nostro avviso, alla trasferibilità sull'art. 12-bis dei principi enucleati dalle sezioni unite con riguardo all'art. 586 cp nella nota sentenza Ronci (Cass., sez. unite, 22 gennaio 2009, n. 22676, CED 243381). Nello stesso senso L. Masera, *Le disposizioni penali*, *op. cit.*, par. 3.1. A conclusioni sovrapponibili perviene N. Granocchia, *L'imputazione*, *op. cit.*, pp. 22 ss., benché nel quadro di un'impostazione di fondo che riconduce la disposizione in esame al *genus* della preterintenzione.

nell'evento lesivo poi effettivamente verificatosi, secondo lo schema del dolo misto a colpa.

Pur trattandosi di un reato d'evento, l'art. 12-bis appare incompatibile con il dolo eventuale: ciò in quanto, come appena illustrato, gli eventi lesivi non devono essere voluti, mentre la condotta base è descritta in termini di attentato, e dunque eredita, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la stessa incompatibilità che sul punto caratterizza il tentativo²⁴.

6. L'assenza della scriminante umanitaria. Altre cause di giustificazione

La disposizione non riproduce, né richiama, la "scriminante umanitaria" di cui all'art. 12, comma 2, Tui, secondo cui «non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato». Al netto di ogni considerazione in merito al possibile carattere umanitario di condotte realizzate con le specifiche modalità richieste dalla disposizione in esame (invero difficilmente configurabile, ma nemmeno escludibile *a priori*, come verrà immediatamente evidenziato), decisivo appare il rilievo che la scriminante umanitaria, quanto meno per come è formulata nel capoverso dell'art. 12, risulta testualmente inapplicabile al favoreggiamento dell'*ingresso* irregolare, poiché richiede che lo straniero sia già presente in Italia.

Nulla osta, invece, all'applicabilità delle cause di giustificazione comuni, come l'adempimento del dovere o lo stato di necessità, laddove ne ricorrono i presupposti. Si pensi al soccorso in mare di decine di migranti, effettuato da una piccola imbarcazione, che poi si dirige verso l'Italia in condizioni di sovraffollamento e sovraccarico: se, a causa di tali condizioni, anche la nave soccorritrice facesse naufragio, e nello stesso trovassero la morte una o più persone, il fatto risulterebbe tipico ai sensi dell'art. 12-bis, ma al contempo scriminato all'adempimento del dovere di

soccorso in mare, che come noto si conclude soltanto con lo sbarco presso un porto sicuro²⁵.

7. La disciplina speciale sull'applicabilità della legge penale italiana

Il sesto comma dell'art. 12-bis introduce un *criterio di collegamento speciale* tra la fattispecie in esame e l'ordinamento italiano, stabilendo che, «se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio». Pur trattandosi di una disposizione evidentemente congegnata pensando al traffico di migranti via mare, essa risulta formulata in maniera tale da potersi sulla carta applicare a qualsiasi forma di favoreggiamento.

L'espressione "direzione" sembrerebbe alludere, più che all'elemento soggettivo, a un *connotato oggettivo della condotta*, la quale dovrà perciò risultare, in ragione delle sue caratteristiche, univocamente rivolta all'obiettivo indicato. Si pensi al barcone carico di migranti che fa naufragio a poche miglia dalle acque territoriali italiane o al camion con a bordo alcuni clandestini che si rovescia mentre si dirige dalla Slovenia verso Gorizia. In questo modo il legislatore supera ex lege i problemi di radicamento della giurisdizione italiana emersi con riferimento all'art. 12 nei casi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare via mare; problemi che, tuttavia, permangono – paradossalmente – nei casi più gravi, in cui gli eventi lesivi siano addebitabili a titolo di dolo, e trovi dunque applicazione nuovamente l'art. 12, in concorso con le rilevanti figure dolose contro la persona²⁶. Giova, pertanto, allargare brevemente lo sguardo sugli orientamenti giurisprudenziali nei quali la novella va ad innestarsi.

Nel corso degli anni, per far fronte ai problemi di applicabilità della legge penale italiana a condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare esauritesi in acque internazionali, la Corte di cassazione

24. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 28009, relativamente agli artt. 280 e 280-bis cp. Per un quadro delle posizioni dottrinali, sul punto non altrettanto univocamente orientate, vds. M. Romano, *Art. 56*, in *Id.*, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004 (III ed.), p. 589.

25. Conclusione, quest'ultima, pacifica nel diritto internazionale del mare (cfr. F. De Vittor, *La migrazione via mare nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 90 ss.) e fatta propria dalla Corte di cassazione nel noto caso *Sea Watch-Rackete* (Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626). Tra i commenti vds., *ex multis*, L. Maserà, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Legislazione penale*, 22 aprile 2022, pp. 1 ss.; G. Mazza, *Caso "Sea Watch": la Cassazione sulla non convalida dell'arresto di Carola Rackete in relazione al dovere di soccorso in mare*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2020, pp. 1068 ss. Sull'obbligo di soccorso in mare come causa di giustificazione vds. anche, *ex multis*, A. Spena, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2019, pp. 1859 ss.; C. Pitea e S. Zirulia, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2020, pp. 659 ss.

26. Per questa osservazione vds. Ufficio del massimario, *Relazione*, cit., p. 141.

ha significativamente esteso l'ambito di operatività dell'art. 6 cp. A tal fine si è avvalsa dello schema, elaborato dalla dottrina tedesca, dell'*autoria mediata* (individuandone il fondamento ora nell'art. 48 cp, ora nell'art. 54, comma 3, cp), declinato nei seguenti termini: ognqualvolta i migranti giungano in Italia per effetto di operazioni di soccorso, i soccorritori sono da considerarsi "autori mediati", in quanto il loro intervento è previsto e strumentalizzato dai trafficanti per realizzare l'obiettivo del trasporto degli stranieri sul territorio nazionale; tale strumentalizzazione funge da collegamento tra il soccorso e il trasporto in Italia dei naufraghi e le azioni criminose precedentemente realizzate in ambito extraterritoriale, radicando anche per queste ultime, al momento del contatto con il territorio nazionale, la relativa giurisdizione²⁷. Ancorché a prima vista plausibile, questa impostazione presenta a un più attento esame due difetti²⁸. Il primo, formale, è che viene erroneamente indicato come "autore mediato" l'esecutore materiale (il soccorritore), anziché, come sarebbe corretto in base allo schema dell'autoria mediata, colui che del soccorritore si avvale (il trafficante). Il secondo, più pregnante, è che si utilizza una teoria la cui esportabilità in Italia non è pacifica²⁹, per venire agli stessi risultati che si otterrebbero in base alla (più lineare) disciplina del *concorso di persone*. A ben vedere, infatti, il trafficante offre un contributo causale consapevole alla vicenda migratoria, accedendo alla condotta del soccorritore e facendosi da quest'ultima attrarre nello spettro applicativo dell'art. 12, che dunque troverà applicazione *ex art. 6 cp*. Si consideri, a tale proposito, che in un ordinamento come quello italiano, nel quale il concorso di persone può configurarsi anche quando la condotta dell'autore materiale è lecita (teoria dell'accessorietà minima), e nel quale tutti i concorrenti nel medesimo reato soggiacciono di regola al medesimo trattamento sanzionatorio (salvo la disciplina di cui agli artt. 112 e 114 cp), non vi è necessità di ricorrere allo schema dell'autoria mediata, non essendovi, ap-

punto, né lacune di tutela da colmare, né il rischio di trattamenti sanzionatori differenziati per situazioni analoghe.

Forse consapevole dei limiti della teoria dell'autoria mediata, una recente pronuncia ha ritenuto applicabile la legge italiana ai trafficanti che avevano agito esclusivamente al di fuori del territorio italiano in base al criterio di collegamento di cui all'art. 7, comma 1, n. 5, cp, che a sua volta rinvia alle convenzioni internazionali, in relazione all'art. 4 del Protocollo di Palermo sul traffico di migranti e all'art. 15 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata³⁰. A ben vedere, tuttavia, queste ultime disposizioni attribuiscono all'Italia la mera facoltà di estendere la propria giurisdizione oltre i confini, e dunque non possono considerarsi direttamente applicabili senza intermediazione del legislatore nazionale.

La verità è che, in assenza dei criteri di collegamento dettati per i reati commessi da cittadini italiani o stranieri all'estero dagli artt. 9 e 10 cp³¹, ogni tentativo di estendere l'applicabilità della legge penale nazionale a fatti esauritisi fuori dai confini nazionali rischia di sottendere una forzatura ermeneutica. In questo quadro, e in conclusione, pare corretto riconoscere all'art. 12-bis, comma 6, autentica portata innovativa dell'ordinamento, peraltro in sostanziale continuità con il carattere tendenzialmente universale della nostra legislazione³²; e non, come sembra affermare la relazione di accompagnamento al ddl, la mera riconoscenza di un orientamento già emerso in giurisprudenza.

8. Il trattamento sanzionatorio

Le comminatorie edittali dell'art. 12-bis sono diversificate *in funzione della tipologia e del numero degli eventi lesivi verificatisi*. Ai sensi del comma 1, è prevista la reclusione da venti a trent'anni se si verifica la morte di più persone. La stessa cornice edittale si applica anche in caso di morte di una singola persona

27. *Cfr., ex multis*, Cass., sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, *H.*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 939; Cass., sez. I, 11 marzo 2014, n. 18354, *Hamada*, CED 262542; Cass., sez. I, 8 aprile 2015, n. 20503, *Iben Massaoud e al.*, CED 263670; Cass., sez. I, 18 gennaio 2024, n. 23866, *Essayed e al.*, CED 286405.

28. In tema vds., *amplius*, M.T. Trapasso, *Il richiamo giurisprudenziale all'“autoria mediata” in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, pp. 583 ss.; S. Orlando, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2018, pp. 145 ss.

29. *Cfr.* T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 52 ss.

30. Cass., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, *Jomaa Laamami e al.*, CED 281623.

31. Cass., sez. I, 4 marzo 2014, n. 28807, *Bobaker*, CED 260497, che ha ritenuto sussistente la giurisdizione nei confronti del cittadino straniero in forza del criterio di cui all'art. 10, comma 1, cp.

32. G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2024 (XIII ed.), p. 169.

accompagnata da lesioni gravi o gravissime a una o più persone. Ai sensi del comma 2, in caso di morte di una sola persona si applica la reclusione da quindici a ventiquattro anni. Infine, in caso di sole lesioni gravi o gravissime a una o più persone si applica la reclusione da dieci a venti anni.

Il comma 3 prevede due circostanze aggravanti. La prima, a effetto comune, si applica quando ricorre taluna delle ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, lett. a (fatto riguardante l'ingresso di cinque o più stranieri), d (fatto commesso da tre o più persone in concorso) ed e (disponibilità di armi o materiali esplosivi da parte degli autori del fatto). La seconda, a effetto speciale (aumento da un terzo alla metà), si applica quando concorrono almeno due delle ipotesi di cui alla prima aggravante, oppure quando ricorrono le ipotesi di cui all'art. 12, comma 3-ter (finalità di destinare gli stranieri alla prostituzione e altre finalità incentrate sullo sfruttamento; finalità di profitto, anche indiretto). Il comma 4 stabilisce il divieto di bilanciamento di entrambe le descritte aggravanti con eventuali circostanze attenuanti (diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 cp), le cui diminuzioni di pena si applicheranno, pertanto, sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

Per completezza, si segnala che il comma 5 prevede, mediante richiamo all'art. 12, comma 4-ter, la confisca obbligatoria del mezzo utilizzato per commettere il reato, anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. Sempre con riguardo al trattamento sanzionatorio in senso lato, giova evidenziare che l'art. 12-bis è stato inserito nel catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis ord. penit.

9. Profili di illegittimità costituzionale

Come già osservato in apertura del presente contributo, le novità sanzionatorie destinate ad avere un effettivo impatto sulla prassi sono quelle relative ai *minimi edittali*. Il massimo di trent'anni di reclusione (applicabile in caso di morte di più persone, ovvero di morte di una persona e di lesioni personali gravi o gravissime a una o più persone) era invece sulla carta già raggiungibile in base alla disciplina previgente (concorso tra il favoreggiamento aggravato ex art. 12, comma 3 e l'omicidio colposo plurimo).

Proprio rispetto alla previsione di minimi edittali così severi (20 anni in caso di morte di una sola persona congiuntamente a lesioni personali gravi o gravissime a una persona; 15 anni nel caso di morte di una sola persona; 10 anni nel caso di lesioni personali gravi o gravissime a una sola persona) si nutrono seri dubbi in merito alla compatibilità della disposizione in esame con il canone di proporzionalità della pena, ricavabile come è noto dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. Non solo. Trattandosi di un campo nel quale il legislatore italiano dà attuazione al diritto dell'Unione, viene altresì in rilievo il corrispondente principio previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali³³.

La sproporzione emerge *ictu oculi* adottando, come *tertium comparationis*, la disciplina che risulterebbe applicabile agli stessi fatti se la norma speciale di cui all'art. 12-bis non esistesse. Nello scenario purtroppo più frequente, quello cioè relativo alla morte di più persone, il minimo edittale previsto dalla disciplina generale (anche a seguito dell'aumento delle pene previste dall'art. 12 Tui, parimenti disposto dal "decreto Cutro") sarebbe pari a sei anni di reclusione (art. 12, comma 3, lett. b e c), aumentati fino a un terzo ai sensi del comma 3-bis (in ragione della sussistenza, sempre negli scenari più frequenti, sia del pericolo per l'incolumità dei trasportati che dei trattamenti inumani o degradanti), in concorso formale con l'omicidio colposo plurimo (art. 589 ult. comma), a sua volta aggravato ex art. 586 cp. Questo schema sanzionatorio consentirebbe, almeno sulla carta, di attestarsi su pene di media severità, dosando gli anni di carcere non solo in funzione del disvalore d'evento (oggettivamente elevato), ma anche in funzione del disvalore della condotta, e dunque tenendo conto della sua eventuale esiguità. In un'ottica equitativa, del resto, poteva essere letto anche l'intervento delle già richiamate sezioni unite, *Mizanur*³⁴, che nel 2018 si erano pronunciate nel senso della natura circostanziale dell'art. 12, comma 3 Tui, malgrado la sussistenza di argomenti non certo deboli a sostegno della natura autonoma, così aprendo la strada al giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti. Ebbene, tutto ciò oggi è precluso dalla fattispecie qui in commento, la quale, come anticipavamo in apertura del presente contributo, presenta come effetto principale quello di legare le mani ai giudici in fase di commisurazione della pena per le condotte di minore

33. Sul tema del sindacato sulla dosimetria sanzionatoria del legislatore penale, vds. per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021; nonché *Id.*, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. Cassetti - F. Fabrizzi - A. Morrone - F. Savastano - A. Sterpa (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, pp. 1113 ss.

34. Vds. *supra*, nt. 19.

gravità, fissando a vent'anni il minimo edittale in caso di morte di più persone o anche di una sola persona, se al contempo una o più persone riportano lesioni personali gravi o gravissime.

Sorge allora spontaneo interrogarsi in merito a quale possa essere la *ragionevole giustificazione* di siffatta impennata della cornice edittale; giustificazione in assenza della quale la disposizione risulterebbe afflitta da un vizio di incostituzionalità per violazione del canone di proporzionalità. Del resto, la Corte costituzionale ha già avuto modo di correggere gli eccessi sanzionatori nei quali, purtroppo, di frequente incorre il legislatore italiano quando si avvale del diritto penale per contrastare i flussi migratori irregolari. Di recente, in particolare, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di due ipotesi aggravanti previste dall'art. 12, comma 3, lett. d, non ravvisando alcuna ragionevole giustificazione per l'incremento sanzionatorio collegato, rispettivamente, al favoreggiamento realizzato mediante documenti contraffatti o mediante l'uso di servizi di trasporto internazionale; e al contempo ritenendo che tali modalità non riflettessero sul piano empirico lo scarto di disvalore che intercorre tra il favoreggiamento realizzato *una tantum*, eventualmente per ragioni solidaristiche, e il traffico di migranti³⁵.

Ancor più pertinente al problema che qui ci occupa (la ragionevolezza dei minimi edittali previsti dall'art. 12-bis Tui) appare, peraltro, il percorso logico-argomentativo sviluppato dalla Consulta nella recente sentenza sull'appropriazione indebita³⁶. In tale occasione, muovendo dalla constatazione che dai lavori preparatori della legge cd. "spazzacorrotti" non fosse desumibile la *ratio* dell'innalzamento della cornice edittale di cui all'art. 646 cp (passata dalla reclusione «fino a tre anni» alla reclusione «da due a cinque anni»)³⁷, la Corte si è interrogata in ordine alla sussistenza di una «*connessione razionale*» tra la modifica *in peius* e «*gli obiettivi di fondo*» della riforma che l'aveva introdotta; o, in alternativa, in ordine alla sussistenza di un collegamento razionale tra detta modifica e «*una qualche discernibile finalità, anche distinta da quelle che ispirano le restanti disposizioni della legge*»³⁸. Tra gli argomenti saggianti, e scartati, dalla Consulta vi era quello, desumibile dalla

relazione illustrativa dell'originario ddl, relativo alla necessità di reprimere più severamente le appropriazioni indebite prodromiche e funzionali a manovre corruttive: tale obiettivo, osservavano i giudici delle leggi, se per un verso poteva giustificare l'innalzamento del *massimo* edittale, appunto in chiave repressiva delle forme più gravi di appropriazione indebita, non avrebbe in alcun modo potuto legittimare l'innalzamento del *minimo* edittale, quest'ultimo essendo destinato a raccogliere, per definizione, le manifestazioni meno gravi di tale reato, le quali ben possono consistere anche in condotte bagatellari.

Un ragionamento del tutto analogo, nei suoi snodi essenziali, si potrebbe oggi articolare, *mutatis mutandis*, rispetto all'art. 12-bis Tui. Ai fini della ricostruzione della volontà del legislatore si potrebbe, anzitutto, consultare la relazione di accompagnamento del ddl di conversione del "decreto Cutro". Essa, tuttavia, si limita ad affermare, apoditticamente, che «*L'intervento mira a introdurre in via d'urgenza un consistente aggravamento sanzionatorio per le condotte finalizzate alla realizzazione di reati in materia di immigrazione clandestina*», omettendo così di confrontarsi tanto con le ragioni che giustificano siffatto aggravamento quanto con le finalità alle quali il medesimo è orientato. Si potrebbe, allora, volgere lo sguardo alle dichiarazioni pronunciate dalla Presidente del Consiglio all'esito del Consiglio dei ministri nel quale il "decreto Cutro" è stato varato. In quella sede, come abbiamo già ricordato, veniva rimarcata la necessità di *combattere con rinnovato vigore il traffico di migranti e il traffico di esseri umani*, anche allo scopo di evitare che nuove tragedie del mare di analoga portata potessero verificarsi in futuro³⁹. A tale riguardo – replicando le cadenze della sentenza sull'appropriazione indebita – si potrebbe senza difficoltà osservare come una simile motivazione risulti forse sufficiente a giustificare l'innalzamento del *massimo* edittale; ma non certo l'innalzamento del *minimo*, tenuto conto che, come a più riprese sottolineato, nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12-bis possono ricadere (e, anzi, statisticamente ricadono più di frequente) condotte non riconducibili a esponenti del traffico organizzato di migranti o esseri umani; condotte, al contrario, isolate o comunque

35. Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63. Per un articolato commento, vds. A. Spena, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2022, pp. 238 ss.

36. Corte cost., 22 marzo 2024, n. 46, in *Giur. cost.*, n. 2/2024, pp. 565 ss., con nota di M. Gambarati.

37. Cfr. Art. 1, comma 1, lett. u della legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante «*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*».

38. Corte cost., n. 46/2024, *cit.*, cons. in *dir.*, § 3.2.

39. Si rinvia al passaggio della conferenza stampa riportato *supra*, nt. 2.

occasionali, il cui contributo causale agli incidenti nei quali perdono la vita numerose persone appare del tutto fungibile e comunque trascurabile.

Una volta ravvisato il *vulnus* costituzionale, si tratterebbe di individuare il possibile rimedio applicabile da parte della Corte costituzionale. Non potendoci soffermare, in questa sede, sul tema degli schemi correttivi delle distonie sanzionatorie manifestamente irragionevoli⁴⁰, ci limitiamo a presentare due possibili soluzioni. La prima, già avanzata in dottrina⁴¹, consiste nel ripercorrere la strada che la Corte ha avuto modo di tracciare rispetto alla fattispecie di sequestro di persona a scopo di estorsione: ritenuta la manifesta sproporzione della pena da 25 a 30 anni di reclusione, la Corte ha introdotto una circostanza attenuante speciale, da applicarsi «*quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità*»⁴². Si tratta di una soluzione a nostro avviso percorribile, sebbene ad analogo risultato si potrebbe forse già pervenire, *de jure condito*, attraverso la valorizzazione dell'attenuante del contributo di minima importanza, prevista in via generale dall'art. 114 cp, tenuto conto del contesto in cui si svolgono le condotte in esame, normalmente caratterizzato dall'agire di più soggetti in concorso.

A nostro avviso, peraltro, la riconduzione delle cornici edittali dell'art. 12-bis nei binari della legittimità costituzionale richiederebbe di *sostituire gli attuali minimi edittali* con quelli che risulterebbero applicabili, in assenza dell'art. 12-bis, in base alle norme generali precedentemente richiamate, ossia gli artt. 12, comma 3, Tui e 586, 589, 590 cp. Ciò, evidentemente, ridurrebbe in maniera significativa la portata innovatrice dell'intervento legislativo, senza peraltro azzerarla del tutto (tenuto conto che le ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, sono circostanze aggravanti, dunque bilanciabili, mentre il 12-bis conserverebbe la sua natura autonoma). Ben pochi, d'altra parte,

sentirebbero la mancanza delle pene introdotte dal «decreto Cutro». E verosimilmente non la sentirebbero nemmeno coloro che ancora hanno fiducia nella repressione del traffico di migranti mediante il diritto penale – fiducia mal riposta, essendo ormai evidente che, come per qualsiasi altro mercato nero, il problema è a monte, e riguarda il divieto di svolgere un'attività irrinunciabile, come migrare o richiedere asilo –, posto che una norma come l'art. 12-bis – con o senza interventi manipolativi della Corte costituzionale – molto difficilmente sarà mai in grado di offrire un contributo realmente efficace alla realizzazione di tale ambizioso obiettivo.

Quanto finora osservato rispetto alla manifesta irragionevolezza dei minimi edittali non deve, peraltro, indurre a ritenere che i *massimi edittali* dell'art. 12-bis siano del tutto immuni da profili di criticità. Oltre ai dubbi che si possono nutrire in merito alla proporzionalità di una pena fino a trent'anni per la causazione di eventi non voluti, giova osservare che i picchi sanzionatori raggiunti dal legislatore italiano con l'art. 12-bis Tui (ma il discorso vale anche per l'art. 12) sono sideralmente distanti sia da quanto oggi richiede il *Facilitators Package*⁴³, sia da quanto previsto nella proposta della Commissione europea volta a sostituirlo con una nuova direttiva⁴⁴. Naturalmente, trattandosi di norme minime di armonizzazione, esse vincolano e vincoleranno i legislatori nazionali soltanto «verso il basso», impedendo loro di prevedere una disciplina penale più mite, e lasciandoli viceversa liberi di punire un ventaglio maggiore di condotte ovvero di punirle più severamente (fermo restando il limite della proporzionalità di cui all'art. 49, par. 3 della Carta). Nondimeno, il macroscopico disallineamento tra il «minimo del massimo» previsto dal legislatore europeo e i massimi edittali previsti da quello italiano costituisce un'ulteriore spia del fatto che quest'ultimo abbia, ancora una volta, smarrito la bussola in materia di comminatore edittali.

40. Sul tema vds., da ultimo, F. Viganò, *Rimedi e discrezionalità del legislatore. Qualche riflessione “dall'interno” della Corte, in Aa.Vv., Corte e legislatore: tra moniti, rinvii e collaborazione. Atti del Seminario di Studi svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13 gennaio 2023*, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 153 ss.

41. L. Masera, *Le disposizioni*, op. cit., par. 3.2.

42. Corte cost., 19 marzo 2012, n. 68, in *Giur. cost.*, 2012, 892 (s.m.), con nota di C. Sotis.

43. L'art. 1, par. 3 della decisione quadro 2002/946/GAI obbliga gli Stati ad adottare sanzioni detentive, non inferiori nel massimo a otto anni (riducibili a sei, se necessario, per preservare la coerenza del sistema sanzionatorio nazionale), nei confronti degli autori del favoreggiamento dell'ingresso e del transito irregolari, laddove ricorrano i seguenti requisiti: l'illecito sia stato commesso a scopo di lucro, e, alternativamente, sia riconducibile a un'organizzazione criminale ovvero sia stato realizzato in maniera tale da mettere in pericolo la vita delle persone.

44. Cfr. Commissione europea, «*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio*», 28 novembre 2023. Ai sensi dell'art. 6, par. 4 dell'articolo, in caso di morte la pena detentiva massima non può essere inferiore a quindici anni.

10. Conclusioni

Introducendo l'art. 12-bis del Testo unico immigrazione, il legislatore italiano ha perso nuovamente un'occasione per fare uso assennato della sua potestà punitiva. Ha infatti varato una disposizione i cui esiziali ingredienti primari sono rappresentati, per un verso, dal *carattere puramente simbolico*, volto a produrre una qualche forma di effetto placebo sulle ansie di un'opinione pubblica sempre più disorientata tra lo spaurocchio dell'invasione di stranieri e l'orrore dei naufragi in cui perdono la vita decine di persone; per altro verso, da una *severità punitiva del tutto irragionevole*, specialmente laddove impedisce di commisurare la pena in maniera proporzionata al disvalore delle condotte di minor gravità, come quelle dei migranti-scafisti, che prevedibilmente saranno i

principali destinatari di questa ennesima iniziativa dal sapore autoritario e populista. Come si accennava in chiusura del precedente paragrafo, ferma restando la necessità di reprimere le forme di traffico di migranti caratterizzate da profili di sfruttamento della vulnerabilità degli stranieri, il contrasto agli ingressi irregolari non potrà mai avvenire, per definizione, attraverso il potenziamento di quello stesso sistema di frontiere, e di presidi sanzionatori della loro integrità, che ne rappresentano la causa primaria. Finché non esisteranno adeguati canali di accesso regolare, e finché i corridoi umanitari per i richiedenti asilo rimarranno minuscole fessure della fortezza Europa, il mercato nero delle migrazioni irregolari continuerà a fiorire e continuerà a produrre tragedie come quella di Cutro, a prescindere dalla severità delle pene che il legislatore si ostinerà pervicacemente a minacciare.