

Capitolo I

Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. Soggetto attivo. – 4. Soggetto passivo. – 5. Le fattispecie astratte. – 6. Profili sanzionatori. – 7. Il regime processuale. – 8. L'illiceità dell'ingresso, del transito e della permanenza irregolari. – 9. Appendice normativa.

1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale

La disciplina italiana in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è il frutto del susseguirsi di numerosi interventi legislativi che, negli ultimi trent'anni, hanno interessato tanto il fronte penale/repressivo quanto quello amministrativo/regolamentare. Ciò è dovuto al fatto che la tematica dell'immigrazione è ormai da decenni al centro del dibattito politico, divenendo questione primaria per i vari governi che si sono succeduti alla guida del Paese.

La prima significativa svolta nel contrasto al fenomeno dell'immigrazione illegale la si può rintracciare nel decreto-legge n. 146 del 1989, successivamente convertito con L. 28.2.1990, n. 39, c.d. "Legge Martelli". Tale normativa aveva lo scopo di riformare e coordinare il complesso delle disposizioni concernenti la condizione dello straniero sino ad allora disseminate in diverse fonti normative, e, sotto il profilo

più strettamente penalistico, ha comportato l'introduzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Tale disposizione puniva le attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato per il tramite di una tecnica normativa particolarmente ampia, che sanzionava qualsiasi agevolazione all'altrui ingresso illegale senza che fosse necessario accertarne l'idoneità. Al contempo, l'ingresso illegale del migrante veniva sanzionato, dalla normativa in commento, esclusivamente con la sanzione amministrativa dell'espulsione, rimanendo quindi tale condotta al di fuori del campo del penalmente rilevante.

L'attività normativa sulla materia oggetto di studio ha subito ulteriore impulso a seguito dell'entrata in vigore dell'Accordo di Schengen, tramite il quale, come conseguenza dell'abolizione delle frontiere interne, i confini italiani sono diventati punto di accesso al libero spazio comune europeo, gravando il legislatore nazionale di un onere di regolamentazione capillare in merito all'ingresso, la residenza e il transito dello straniero nel territorio italiano. Dall'Accordo Schengen e dalla successiva Convenzione di applicazione dello stesso, è infatti derivato l'obbligo di estensione del penalmente rilevante alle condotte di favoreggiamento del soggiorno illegale dello straniero entro i confini europei. Il vincolo comunitario ha trovato però solo parziale concretizzazione nell'ordinamento domestico con la legge n. 40 del 1998 (c.d. Legge Turco-Napolitano) che, per quanto riguarda gli aspetti più prettamente penalistici, si presentava incompleta, limitandosi a mantenere la medesima impostazione della normativa precedente. Al contempo, però, la novella in commento avvertiva il bisogno di una più generale riorganizzazione dell'intera disciplina e di armonizzazione della stessa con i dettami europei, e a tal fine conferiva apposita delega al Governo.

È solo con l'esercizio di tale delega che il sistema domestico si è adeguato alle istanze sovranazionali, introducendo un'organica disciplina confluita nel nuovo Testo Unico sull'Immigrazione (D. Lgs. n. 286/1998). Viene così introdotto nel sistema italiano il reato di favoreggiamento della permanenza clandestina, che si affianca al delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, con una conseguente estensione dell'area del penalmente rilevante.

Tale indirizzo di politica criminale non si è arrestato però con l'emanazione del Testo Unico del 1998, ma ha trovato concretizzazione altresì nelle novelle successive, tutte strutturate lungo la medesima direttrice legislativa. Primo di tali interventi è la l. n. 189/2002 (c.d. "Bossi-Fini") che ha previsto come fattispecie autonoma (e non più come mera circostanza aggravante) la condotta di favoreggiamento commessa al fine di profitto, rispondendo in tal modo alle istanze del protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul crimine organizzato, e che ha altresì individuato come penalmente rilevante la condotta di favoreggiamento all'emigrazione clandestina. Sulla stessa linea, le novelle del 2008 e 2009 (i c.d. *Pacchetti sicurezza*) che hanno influito sul trattamento sanzionatorio, comportandone un notevole inasprimento, e che hanno contemplato altresì l'ipotesi specifica del favoreggiamento abitativo.

Sempre nel 2009, coerentemente all'approccio securitario che ha contraddistinto la normativa italiano in materia di immigrazione da inizio nuovo millennio, il legislatore ha inoltre introdotto un'apposita disposizione (art. 10 *bis* TUIMM) mirante a sanzionare penalmente la condotta di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato dello straniero irregolare¹.

¹ L'estensione dell'ambito del penalmente rilevante sino a ricomprendere la condotta del migrante irregolare ha originato in Italia un vivo dibattito che

La normativa interna presenta quindi, a seguito delle innumerevoli riforme, diverse fattispecie astratte volte a sanzionare le differenti forme di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione illegale, e un complesso sistema di circostanze mirante a graduare la pena calibrandola alla lesività della condotta posta in essere

Di recente la frenesia dell'attività legislativa non è venuta meno, anche se le numerose novelle si sono concentrate per lo più sulla regolamentazione amministrativa di gestione del fenomeno migratorio. Per quanto attiene al versante prettamente penalistico, ci si limita a segnalare come il Decreto-legge n. 113 del 2018 (c.d. Decreto Sicurezza) abbia introdotto i due nuovi delitti di ingresso a seguito di respingimento (art. 10 co. 2 *ter* TUIMM) e di ingresso reiterato a seguito di respingimento² (art. 10 co. 2 *quater* TUIMM). Preme dar atto infine, vista l'eco mediatica suscitata in Italia, come il recente decreto-legge n. 53 del 2019 (c.d. Decreto Sicurezza *bis*) sia intervenuto altresì in materia di sanzioni amministrative, delineando una specifica sanzione amministrativa per i comandanti di nave che non rispettano l'ordine del Ministro degli Interni di limitazione di accesso alle acque territoriali.

ha trovato concretizzazione in due diverse pronunce della Corte Costituzionale. Le sentenze n. 249 e 250 del 2010 hanno tracciato i confini dell'intervento penale nel sistema di controllo dell'immigrazione, sancendo, da una parte, l'incostituzionalità della circostanza aggravante fondata esclusivamente sulla condizione giuridica dello straniero irregolare e, dall'altra, la legittimità dell'art. 10 *bis* TUIMM che sanziona non un modo di essere della persona, quanto piuttosto uno specifico comportamento lesivo del diritto dello Stato di controllo delle frontiere. Sull'art. 10 *bis* TUIMM si tornerà, seppur brevemente, in chiusura di report.

² Su tali fattispecie, e sui profili penali del c.d. Decreto Sicurezza, si rimanda a A.AIMI, *il "Decreto Sicurezza" 2018: i profili penalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2019, p. 135 s.

2. *Bene giuridico tutelato*

Le fattispecie in materia di immigrazione clandestina sono poste a tutela dell'interesse dello Stato al controllo delle frontiere e dei flussi migratori. È netta quindi la differenza, almeno astratto/formale, con il delitto di tratta di persone, la cui oggettività giuridica è per converso costituita dalla dignità e dalla libertà del singolo. Tale marcata differenziazione è andata però negli anni perdendo i propri nitidi confini, conoscendo una sempre maggiore dinamicità dell'oggetto di tutela del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. All'impianto originario si è infatti aggiunto un sistema di circostanze aggravanti – per alcuni autori vera e propria fattispecie autonoma di reato – volto a valorizzare la dimensione soggettiva del migrante, e quindi a porre in luce una pluri-lesività della condotta oggetto di studio.

Il concreto atteggiarsi delle fattispecie astratte si discosta dalla previsione originaria di un sistema volto a tutelare esclusivamente le frontiere dello Stato ma, a parere di chi scrive, non è tale da portare ad un'effettiva dimensione pluri-lesiva della condotta illecita in questione, fortemente ancorata ad una visione pubblicistica di controllo statale del fenomeno migratorio. Il migrante non può quindi oggi essere considerato vittima del delitto di favoreggiamento pur dovendosi l'interprete interrogare sulla legittimità ed efficacia di una tale scelta di politica criminale. In ottica *de iure condendo*, quindi, la rigida separazione tra gli illeciti di tratta e favoreggiamento potrebbe essere notevolmente rivista, partendo proprio dalla pluri-offensività di quest'ultima fattispecie e giungendo all'individuazione di un vero e proprio *tertium genus* capace di intervenire nella zona grigia tra i due fenomeni criminali.

3. *Soggetto attivo*

Tutte le diverse fattispecie previste sono reati comuni, potendo essere commessi da chiunque. Questione dibattuta è costituita dalla possibilità se lo straniero possa egli stesso divenire soggetto attivo per la condotta tenuta in favore dei propri compagni di viaggio. Nonostante la tesi che esclude tale possibilità sia largamente prevalente in dottrina, si ritiene possibile che il migrante diventi soggetto attivo del delitto in questione laddove lo stesso vada oltre il compimento degli atti necessari per la realizzazione del proprio ingresso illegale, sfociando in vere e proprie condotte volte a favorire l'ingresso illecito altrui.

4. *Soggetto passivo*

Aderendo all'impostazione che vede nel favoreggiamento dell'immigrazione un reato a tutela dei confini dello Stato, il migrante non può considerarsi soggetto passivo dei delitti in questione. Lo straniero migrante rappresenta soggetto necessario dell'illecito ma non vittima dello stesso³.

³ Sull'inquadramento teorico del migrante Cfr. MILITELLO *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, MILITELLO/SPENA (cur.), Torino, 2018, 38 s.

5. *Le fattispecie astratte*

La normativa italiana in materia di favoreggiamento della migrazione illegale si concentra nella disposizione “fiume” di cui all’art. 12 TUIMM. La stessa consta di ben 29 commi e prevede, oltre alle disposizioni di carattere meramente amministrativo, 6 diverse fattispecie penali – con le relative circostanze aggravanti e attenuanti – e 2 illeciti amministrativi. Mentre questi ultimi possono essere commessi esclusivamente da soggetti qualificati, il comandante della nave che non rispetta il divieto di ingresso e transito nelle acque territoriali italiane (co. 6 *bis*) o il vettore che non adempie i propri obblighi di identificazione nei confronti dello straniero (co. 6), le fattispecie penali, come già anticipato, costituiscono tutte dei reati comuni.

Il quadro normativo penale si denota quindi per un elevato grado di complessità espressione di una rigida politica di contrasto al fenomeno migratorio, che trova altresì concretizzazione nell’ulteriore illecito di ingresso irregolare previsto dall’art. 10 *bis* TUIMM, che verrà in seguito analizzato.

Per quanto attiene ai delitti di favoreggiamento, le prime due ipotesi disciplinate dalla legge sono entrambe contemplate dal primo comma dell’art. 12 TUIMM. Tale disposizione sanziona le ipotesi di favoreggiamento dell’immigrazione e dell’emigrazione illegale, delineando dei veri e propri reati di mera condotta. La norma punisce chi **promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto** di stranieri nel territorio dello Stato, o ancora, con significativa anticipazione della soglia di tutela, chi **compie atti diretti a procurarne l’ingresso**. Tale ultima formulazione punisce espressamente quindi altresì il mero tentativo di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina poiché colpisce la realizzazione dei soli atti diretti all’ingresso illegale. La condotta in

commento è stata però interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza interne coerentemente con il principio di offensività, assicurando la punibilità delle sole condotte idonee a porre in pericolo la regolarità dei flussi migratori. L'interpretazione in commento fa leva sul tenore letterale della fattispecie, nello specifico, sul verbo procurare cui viene riconosciuta una pregnanza concettuale delimitata alle sole condotte idonee a cagionare l'ingresso illegale.

Oltre a tale ampia clausola di punibilità, la fattispecie conosce un'elencazione tassativa di condotte sanzionate che richiamano la figura del favoreggiatore professionale, che agisce spesso in un contesto organizzato, così come disciplinato altresì dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul Crimine transnazionale. Tale scelta è resa più evidente dalle modifiche apportate nel 2009 al comma 6 dell'art. 416 c.p., dove il peculiare trattamento penale riservato all'associazione finalizzata alla tratta di esseri umani viene esteso altresì all'organizzazione criminale dedita al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, a riprova di come il destinatario privilegiato dell'art. 12 TUIMM sia, come emerge dall'elencazione delle condotte in esso contenute, lo *smuggler* di professione. Sulla base di tale argomentazione, la dottrina dominante esclude la responsabilità penale ex art. 12 co. 1 TUIMM del migrante che aiuta altri ad entrare illegalmente nel territorio dello Stato, non punibilità del migrante sulla quale si esprime favorevolmente anche il Protocollo addizionale poc'anzi richiamato.

Ulteriore condizione affinché le condotte descritte siano penalmente rilevanti è costituita dalla violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione. La norma quindi contiene una clausola di illiceità speciale, in accordo della quale le condotte di favoreggiamento integrano il reato quando

supportino una condotta di ingresso realizzata in violazione delle disposizioni del TUIMM. Differentemente però da quanto avviene in altri ordinamenti, ad esempio il Portogallo, il legislatore italiano non chiarisce il contenuto di tale clausola, lasciando all'interprete tale compito. La clausola infatti potrebbe essere riferita alle sole disposizioni amministrative che regolano l'ingresso o il transito nel nostro Paese (tesi restrittiva) o a tutte le disposizioni del Testo Unico (tesi estensiva). Le conseguenze sono di non poco momento, derivando l'illiceità della condotta dal tipo di violazione amministrativa che si è posta in essere. Se infatti si accoglie la tesi estensiva il delitto sussisterebbe anche laddove l'ingresso sia stato realizzato conformemente alle norme del TUIMM ma finalizzato ad una permanenza irregolare del migrante.

Per concludere sul punto, preme precisare come il dolo del soggetto agente, che nel reato in questione è un mero dolo generico, deve necessariamente estendersi altresì al requisito dell'illiceità speciale della condotta.

Ma il primo comma non sanziona esclusivamente il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Lo stesso incrimina infatti anche le azioni finalizzate all'ingresso illegale dello straniero nel territorio di un altro Stato. Le medesime condotte descritte in precedenza sono penalmente rilevanti anche laddove realizzate al fine di procurare l'ingresso del migrante nel territorio **di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente**. Al riguardo valgono le considerazioni svolte in relazione al reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con la precisazione però che la clausola di illiceità speciale non sarà costituita dalla normativa contenuta nel TUIMM ma dalle disposizioni dello Stato estero che si intendono violare.

L'articolo conosce al comma 5 e al 5 *bis* altre due diverse fattispecie, disciplinanti il c.d. favoreggiamento della permanenza illegale e il favoreggiamento abitativo. Prima però di analizzare tali ipotesi preme soffermarsi sul comma 3 dell'art. 12 TUIMMⁱⁱ. La disposizione in commento comporta un considerevole inasprimento sanzionatorio per i fatti di favoreggiamento dotati di particolari caratteristiche, che denotano la condotta o per una maggiore aggressione al potere dello Stato di controllo delle frontiere (*disponibilità di armi o esplosivi*, o ancora ha ad oggetto *l'ingresso di 5 o più persone*) o per una rilevante lesione dei diritti del migrante (*esposizione a pericolo della vita o dell'incolumità del migrante, sottoposizione dello stesso a trattamento disumano o degradante*). Sulla qualificazione di tale disposizione alla stregua di una vera e propria fattispecie autonoma di reato si sono confrontati in giurisprudenza due diversi orientamenti, sui quali sono intervenute di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Secondo un primo indirizzo interpretativo⁴, la conformazione della disposizione, che riproduce la condotta soffermandosi sulla descrizione delle ipotesi specializzanti, depone a favore della qualificazione di vera fattispecie autonoma di reato, opzione corroborata dalla circostanza aggravante di cui al successivo comma 3 *ter* che richiama distintamente le ipotesi delittuose ex commi 1 e 3. In aggiunta, secondo tale chiave di lettura, l'ipotesi di cui al terzo comma, differentemente dalla fattispecie autonoma ex art. 12 co. 1 TUIMM, costituirebbe un vero e proprio reato d'evento,

⁴ Cass., Sez. I, n. 40624 del 25/2/2014.

richiedendo il superamento della frontiera per la consumazione del delitto.

Diversamente, secondo Cass., Sez. I, n. 14654 del 29/11/2016, successivamente confermata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite n. 40982/2018, è proprio l'elemento strutturale dalla disposizione a far propendere l'interprete in favore della qualificazione di vera e propria circostanza del reato, non ostando a tale interpretazione i richiami meramente formali delle ulteriori aggravanti di cui ai commi 3 *bis* e 3 *ter*, che costituiscono tecnica legislativa non nuova nell'ordinamento italiano. La conformazione della fattispecie, che riproduce testualmente tutti gli elementi essenziali del primo comma, si limita a descrivere meri fattori circostanziali che, non attenendo al nucleo centrale dell'illecito, giustificano un diverso trattamento sanzionatorio senza però delineare una fattispecie dotata della sua autonomia.

In questa sede si condividono le argomentazioni della giurisprudenza ormai maggioritaria, almeno in un'ottica *de iure condito*. In tal senso, infatti, si riconosce come la conformazione strutturale non lasci ampio margine per differenti interpretazioni, ma così facendo si finisce per sminuire, dal punto di vista dell'oggettività giuridica, la differenziazione tra le ipotesi di cui ai commi 1 e 3, concludendo per una non pluri-lesività di quest'ultima disposizione e quindi per una chiave di lettura dei reati di favoreggiamento eccessivamente legata ad un'ottica pubblicistica che oblia la necessaria dimensione soggettiva della vittima migrante. Per converso, l'orientamento

⁵ Preme precisare come non tutte le sentenze che concludono per la qualificazione di fattispecie autonoma del comma in commento accolgono la qualificazione di reato d'evento. Secondo Cass., Sez. I, n. 45734, del 31/3/2017 l'ingresso illegale non è elemento del reato, che quindi rimarrebbe a consumazione anticipata.

ermeneutico che riconosce valore di fattispecie autonoma al comma 3, pur se non del tutto fondato alla luce del diritto vivente, può costituire, in prospettiva di riforma, un interessante spunto interpretativo per colmare la zona grigia tra i due diversi fenomeni delittuosi della tratta e del traffico di migranti.

Se quindi si accetta l'impostazione ermeneutica attualmente dominante, le fattispecie autonome di reato descritte dall'art. 12 TUIMM non sono più 6 ma 4. Ai due delitti delineati dal primo comma, si aggiungono le ipotesi di cui ai commi 5 e 5 *bis*.

L'art. 12 co. 5 TUIMMⁱⁱⁱ sanziona il c.d. favoreggiamento della permanenza illegale, punendo le condotte di supporto al migrante successive al suo ingresso e finalizzate al mantenimento della situazione di clandestinità. Dal punto di vista dell'elemento oggettivo del reato la previsione è abbastanza scarna, limitandosi a sanzionare chiunque **favorisce** la permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato in violazione delle norme del TUIMM. La peculiarità della norma risiede nell'atteggiarsi dell'elemento soggettivo, che conosce, oltre al dolo generico, il dolo specifico del trarre profitto dalla condizione di irregolarità dello straniero. Infatti, al fine di evitare la rilevanza penale del mero supporto umanitario al migrante, il favoreggiamento della permanenza viene punito solo se realizzato per scopi egoistici/patrimoniali⁶, o se posto in essere in connessione con *le attività punite dal presente articolo*.

Fino al 2008, rientrava nella previsione in commento la condotta di favoreggiamento abitativo, concretizzatasi nel fornire alloggio al migrante irregolare con un peculiare fine di profitto. Successivamente però al c.d. primo "Pacchetto

⁶ La nozione di profitto è particolarmente ampia, andando al di là del mero dato economico e comprendendo qualsiasi utilità personale l'agente possa trarre dall'altrui permanenza illegale.

Sicurezza”, è stata introdotta nell’ordinamento domestico la previsione di cui al comma 5 *bis*^{iv}, che sanziona la condotta di chi **dà alloggio o cede, anche in locazione, un immobile** a uno straniero irregolare. La fattispecie in commento si denota, dal punto di vista dell’elemento soggettivo, della necessaria conoscenza della condizione di irregolarità che deve sussistere, per espressa volontà legislativa, al momento della stipula del contratto, e del dolo specifico di trarre profitto dalla contrattazione.

Dibattuto in giurisprudenza è il rapporto tra l’ipotesi in commento e la fattispecie di cui al quinto comma dell’art. 12 TUIMM. Mentre un orientamento riconosce sussistente tra le due norme un vero e proprio rapporto di sussidiarietà, per un diverso indirizzo ermeneutico tale soluzione comporterebbe una sostanziale abrogazione del co. 5*bis*, con corrispettiva applicazione dell’ipotesi più grave di favoreggiamento della permanenza. Sulla base di ciò si riconosce sussistente tra le due ipotesi un vero e proprio rapporto logico di specialità.

Per completare l’analisi della rilevanza penale delle condotte di favoreggiamento, preme in ultimo soffermarsi sulla scriminante umanitaria e sulla rilevanza della condotta delle persone giuridiche coinvolte nei reati di cui si discute.

In relazione al primo punto, il legislatore italiano ha introdotto, conformemente alla Direttiva 2002/90/CE, una specifica ipotesi scriminante al comma 2 dell’art. 12 TUIMM^v. La causa di non punibilità in commento possiede un ambito applicativo più ampio dello stato di necessità codicistico, non richiedendo il pericolo attuale di un danno grave alla persona né la proporzione tra i beni in gioco. La scriminante speciale si limita infatti a prescrivere la sussistenza di una **condizione di bisogno dello straniero**, sulla base della quale viene giustificata qualsiasi attività di soccorso e di assistenza

umanitaria. Il comma secondo dell'art. 12 TUIMM individua però uno specifico ambito spaziale per l'applicazione della giustificante, in accordo del quale la condotta del soggetto agente non sarà punibile solo se lo straniero si trovi già nel territorio italiano e quindi solo se il soccorso sia prestato all'interno dei limiti dello stesso. In virtù di ciò l'attività di assistenza prestata al di là del mare territoriale non potrà essere scriminata dalla causa di non punibilità in parola, potendo trovare applicazione solo le ipotesi generali dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità⁷.

Infine, si deve dar atto di come l'illiceità delle condotte poste in essere si estenda anche alle persone giuridiche nel cui interesse il reato è stato commesso. Secondo quindi lo schema domestico di responsabilità da reato degli enti, delineato dal d.lgs. 231/2001, se un soggetto apicale o un dipendente dell'ente pone in essere uno dei delitti di cui ai commi 3, 3 bis, 3 ter e 5 dell'art. 12 TUIMM⁸, a vantaggio o nell'interesse dell'ente, lo stesso potrà essere chiamato a rispondere di una rilevante sanzione pecuniaria amministrativa individuata sulla base del regime delle quote giornaliere.

⁷ In tali casi di soccorso in acque extraterritoriali, la giurisprudenza ha applicato talvolta la scriminante codicistica dell'adempimento di un dovere (Cass. pen. 16.3.2018, n. 29832), talaltra lo stato di necessità, (Cass. pen., 28.2.2014 n. 14510). Su fondamento e limiti di tali soluzioni interpretativi cfr. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, cit., 57 s. Citare recente caso sea watch 3.

⁸ Il richiamo autonomo al co. 3 dell'art. 12 TUIMM potrebbe essere indice in favore dell'interpretazione che vede nel comma in commento fattispecie autonoma di reato.

6. *Profili sanzionatori*

La complessità del quadro normativo si riflette sul versante sanzionatorio che si presenta altamente differenziato in relazione alle singole fattispecie coinvolte. Le pene sono relativamente contenute per le ipotesi base: le fattispecie di cui al primo comma dell'art. 12 TUIMM sono sanzionate con la reclusione compresa tra 1 e 5 anni unitamente alla multa di 15000 euro per ogni persona trasportata, mentre per le ipotesi di favoreggiamento della permanenza e favoreggiamento abitativo la sanzione è della reclusione fino a 4 anni nel primo caso e da 6 mesi a 3 anni nel secondo.

Il quadro sanzionatorio si complica però a seguito dell'intricato sistema di circostanze delineato dall'articolo in commento. In primo luogo, il trattamento punitivo si irrigidisce considerevolmente a seguito delle circostanze aggravanti delineate dal terzo comma, la cui sussistenza comporta la pena della reclusione compresa tra i 5 e i 15 anni. Tale già elevata risposta punitiva subisce un ulteriore incremento, secondo quanto disposto dal comma 3 *bis*, laddove sussistano più ipotesi aggravanti tra quelle previste dal terzo comma. In aggiunta il comma 3 *ter* dispone che le pene previste dal primo e dal terzo comma sono aumentate da un terzo alla metà se il reato è commesso al fine di trarre profitto, anche indiretto, o con la finalità di sfruttamento sessuale o lavorativo. Le circostanze degli ultimi due commi sono inoltre blindate dal comma successiva (co. 3 *quater*) che sancisce l'esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui ai commi 3 *bis* e *ter*, che connotano il fatto di un particolare disvalore penale. Le eventuali circostanze attenuanti concorrenti potranno trovare applicazione solo successivamente a quest'ultime.

Per completare con il quadro della normativa circostanziale dedicata alle ipotesi in commento, si deve dar atto della circostanza attenuante speciale contenuta all'art. 12 co. 3 *quinquies*. La disposizione contempla un trattamento di favore per il soggetto che abbia attivamente collaborato con gli organi di polizia o giudiziari al fine di evitare che l'azione delittuosa giunga a conseguenze ulteriori o ancora aiutando la pubblica autorità nella raccolta delle prove o nell'individuazione dei responsabili. Tale ipotesi viene di norma interpretata come una vera e propria obbligazione di risultato, per la cui applicazione è necessario quindi che sia stato realizzato, a seguito della collaborazione, almeno uno dei tre risultati investigativi poc'anzi richiamati.

In relazione invece al favoreggiamento della permanenza illegale è prevista una circostanza aggravante ad effetto speciale nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso da due o più persone o sia realizzato in favore di cinque o più stranieri.

Lo stesso articolo 12 TUIMM prevede inoltre due diverse ipotesi di confisca. La prima è definita dal comma 4 *ter*, e comporta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere i reati di cui ai commi 1 e 3. La seconda è contemplata in relazione al favoreggiamento abitativo e riguarda la confisca dell'immobile, salvo l'ipotesi in cui lo stesso appartenga a persona estranea al reato.

Per concludere in merito al regime sanzionatorio, l'ordinamento italiano prescrive, all'art. 16 TUIMM^{vi}, l'applicabilità dell'espulsione, a titolo di misura alternativa o sostitutiva della pena detentiva, allo straniero irregolare nei confronti dei quali viene pronunciata sentenza di condanna⁹.

⁹ Sulla natura della multiforme misura dell'espulsione dello straniero nell'ordinamento italiano si rimanda a L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante e la "materia penale" tra punizione e prevenzione*, in MILITELLO –

7. *Il regime processuale*

La particolare rigidità del sistema repressivo italiano in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non si limita però al versante penalistico. L'azione di contrasto è contraddistinta da una considerevole severità anche sul versante processual-penalistico.

Il sistema del doppio binario processuale, in Italia vigente in relazione ai fatti più gravi di criminalità organizzata, che si è descritto seppur brevemente nel report dedicato alla tratta di persone trova infatti la sua applicazione anche in merito alla criminalità organizzata dedita al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, con la conseguente applicazione del relativo regime processuale, implicante, tra le altre, diversi termini per lo svolgimento delle indagini, un disciplina meno vincolata per lo svolgimento delle intercettazioni e delle perquisizioni e vincoli meno stringenti in materia di custodia cautelare. Sul punto, è bene precisare, interviene lo stesso art. 12 TUIMM che, al comma 4 *bis* sancisce la presunzione di sussistenza dei presupposti della custodia cautelare in carcere per il reato di favoreggiamento aggravato ex art. 12 co. 3 TUIMM qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza.

In conclusione, anche sul versante del regime penitenziario, le similitudini tra i vari traffici studiati emergono con maggior vigore, almeno nell'ordinamento italiano. Il comma 1 dell'art. 4 *bis* della l. n. 354 del 1975 (legge sull'ordinamento penitenziario) limita la concessione dei benefici premiali, così come effettuato in materia di stupefacenti, di contrabbando di

sigarette e di tratta di persone, alla collaborazione del condannato per i reati di cui all'art. 12 co. 1 e 3 TUIMM con gli organi di polizia e giudiziari.

8. *L'illiceità dell'ingresso, del transito e della permanenza irregolari*

L'ordinamento italiano non si limita a sanzionare le varie condotte di favoreggiamento che accede all'ingresso o alla permanenza illegale dello straniero ma si spingono sino alla criminalizzazione dello stesso migrante che fa il suo ingresso o permane nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del Testo Unico. L'art. 10 *bis*^{vii} sanziona, con la sola pena dell'ammenda, lo straniero che **fa ingresso o si trattiene** nel territorio italiano. Risulta lecito, a chi scrive, dubitare dell'efficacia di una tale disposizione che mantiene quindi una valenza esclusivamente simbolica. La pena pecuniaria, particolarmente elevata e non obblazionabile, date le condizioni disagiate che spesso contraddistinguono il migrante irregolare rimarrà spesso lettera morta, con la conseguenza della concreta inapplicabilità della sanzione penale.

D'altronde, al legislatore italiano non sarebbe concessa dal diritto europeo la possibilità della previsione di una pena diversa di carattere detentivo, che si porrebbe come ostacolo all'espulsione dello straniero irregolare e che quindi costituirebbe compromissione dell'effetto utile della Direttiva rimpatri. Come, infatti, deciso dalla Corte di Giustizia nel caso *el Dridi v. Italia*, in relazione alla vicina ipotesi di cui all'art. 14 comma 5 ter TUIMM (violazione dell'ordine di allontanamento

del questore) la pena detentiva in tali casi si frappone con il perseguimento dell'obiettivo del diritto europeo di espulsione dello straniero irregolare, comportando la disapplicazione della disposizione interna contrastante con la normativa continentale.

La Corte di Giustizia non ha però sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di qualsiasi intervento penale nei confronti del soggiorno irregolare di soggetti stranieri, essendosi espressa in favore della compatibilità in due diversi casi relativi alla normativa francese e italiana. Limitando l'analisi alla sola disposizione interna, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto, con la sentenza Celaj c. Italia¹⁰, la legittimità europea della disposizione di cui all'art. 13 co. 13 TUIMM^{viii} (*delitto di illecito reingresso*¹¹), limitando il riconoscimento della violazione dell'effetto utile della direttiva ai soli casi in cui lo Stato anteponga all'esecuzione della *decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale idoneo a condurre alla reclusione nel corso della procedura di rimpatrio*, poiché in tal modo si *rischierebbe di ritardare l'allontanamento* del soggetto. La misura penale è ritenuta legittima, per converso, sia nel caso in cui siano state esperite infruttuosamente le procedure di rimpatrio sia quando,

¹⁰ Corte di Giustizia UE, IV sezione, 1° ottobre 2015, causa n. C-290/14.

¹¹ Come già anticipato nell'introduzione, il legislatore italiano del 2018, a fianco degli illeciti di illecito reingresso previsti dai commi 13 e 13 *bis* dell'art. 13 TUIMM, ha introdotto i delitti di illecito reingresso a seguito di respingimento disciplinati dall'art. 10 co. 2 *ter* e *quater* TUIMM. Le quattro disposizioni in commento, identiche sotto il profilo della descrizione della fattispecie, si differenziano però in relazione all'ambito di applicazione. Mentre, infatti, gli illeciti di cui all'art. 13 TUIMM trovano applicazione a seguito di una procedura di espulsione, le disposizioni ex art. 10 TUIMM, ponendosi in un'ottica di organica riscrittura della disciplina del respingimento alla frontiera, si applicano solo ed esclusivamente in tali ipotesi.

adempite le stesse, lo straniero abbia nuovamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato.

9. Appendice normativa

i Art. 12 co. 1 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni clandestine

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o 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, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona.

ii Art. 12 co. 3 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni clandestine

3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o 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, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

- a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;*
- b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;*

- c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;
- d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;
- e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti.

**iii Art. 12 co. 5 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni
clandestine**

5. Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

iv Art. 12 co. 5 bis Disposizioni contro le immigrazioni clandestine

5-bis. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina.

v **Art. 12 co. 2 TUIMM** *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*

Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, 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.

vi **Art. 16 TUIMM** *Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*

Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater.

1-bis. In caso di sentenza di condanna per i reati di cui all'articolo 10-bis o all'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater, la misura dell'espulsione di cui al comma 1 può essere disposta per la durata stabilita dall'articolo 13, comma 14. Negli altri casi di cui al comma 1, la misura dell'espulsione può essere disposta per un periodo non inferiore a cinque anni.

2. L'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4.

3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni.

4. Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente.

5. Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del presente testo unico, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale. In caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espia la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono.

5-bis. Nei casi di cui al comma 5, all'atto dell'ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario richiede al questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi, il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche e procede all'eventuale espulsione dei cittadini stranieri identificati. A tal fine, il Ministro della giustizia ed il Ministro dell'interno adottano i necessari strumenti di coordinamento.

5-ter. Le informazioni sulla identità e nazionalità del detenuto straniero sono inserite nella cartella personale dello stesso prevista dall'articolo 26 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.

6. Salvo che il questore comunichi che non è stato possibile procedere all'identificazione dello straniero, la direzione dell'istituto penitenziario trasmette gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. Il magistrato decide con decreto motivato, senza formalità. Il decreto è comunicato al pubblico ministero, allo straniero e al suo difensore, i quali, entro il termine di dieci giorni, possono proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Se lo straniero non è assistito da un difensore di fiducia, il magistrato provvede alla nomina di un difensore d'ufficio. Il tribunale decide nel termine di 20 giorni.

7. L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione ~~de~~

tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

8. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena.

9. L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19. 9-bis. Nei casi di cui ai commi 1 e 5, quando non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore, l'autorità giudiziaria dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione.

vii Art. 10 bis TUIMM Ingresso o soggiorno illegale nel territorio dello Stato

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1 ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale.

[...]

viii Art. 13 co. 13 TUIMM Espulsione amministrativa

Lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. La disposizione di cui al primo periodo del presente comma non si applica nei confronti dello

**I REPORT NESMES- ITALIA - IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE
CLANDESTINA.**

*straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b),
per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo
29.*