

Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea

The Profit Aim in the Crime of Smuggling of Migrants: Critical Analysis of European Legislation

JAVIER ESCOBAR VEAS

*Ph.D. candidate in Business and Social Law presso l'Università Luigi Bocconi
Universidad Mayor, Chile
javier.escobar@phd.unibocconi.it*

TRAFFICO DI MIGRANTI,
FAVOREGGIAMENTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE,
CONVENZIONE DI PALERMO, CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

SMUGGLING OF MIGRANTS,
FACILITATING OF ILLEGAL IMMIGRATION,
PALERMO CONVENTION, ORGANIZED CRIMINALITY

ABSTRACT

Il presente articolo analizza criticamente la legislazione europea sul reato di traffico di migranti. Secondo l'opinione dell'autore, il legislatore comunitario e la maggioranza dei paesi europei hanno ritenuto che questo specifico illecito, regolamentato anche a livello internazionale dalla Convenzione di Palermo, coincidesse con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Questa indebita sovrapposizione tra diverse fattispecie di reato genera molteplici e complessi problemi. Nella prima parte dell'articolo si analizzano i requisiti del reato di traffico di migranti nel diritto internazionale, con particolare riferimento al fine di profitto. Nella seconda parte si evidenziano le ragioni per cui non è possibile concepire questo delitto come avente la medesima funzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In conclusione, l'articolo propone di distinguere chiaramente gli elementi costitutivi delle due figure criminose e i rispettivi ambiti di applicazione.

The present paper critically analyzes the European legislation on smuggling of migrants. According to the author's opinion, the communitarian legislator and the majority of the European countries have confused this specific crime, regulated by international law in Palermo Convention, with the felony of facilitating illegal immigration. This undue overlap between different types of crime generates multiple and complex problems. In first place, the article studies the requirements of smuggling of migrants in international law. In second place, it examines the reasons why is not possible to conceive this crime and the felony of facilitating illegal immigration as functional equivalents. Finally, the paper proposes to distinguish clearly the elements of both crimes and their respective application ambits.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il delitto di traffico di migranti nella Convenzione di Palermo. – 2.1. Il bene giuridico protetto. – 3. Osservazioni critiche sull'attuale legislazione dell'Unione Europea e su quella di alcuni Stati membri. – 3.1. La normativa europea sul traffico di migranti. – 3.2. Le principali questioni problematiche causate dall'attuale quadro legislativo europeo. – 4. La nostra proposta *de iure condendo*: costruire un modello che distingua e gradui la risposta punitiva tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e il traffico di migranti.

1. Introduzione.

Negli ultimi anni l'immigrazione clandestina, e purtroppo anche il fenomeno del traffico di migranti (*smuggling of migrants*¹), sono assai aumentati e sono divenuti uno dei problemi più importanti e più complessi a livello internazionale², soprattutto in Europa, continente in cui il numero di migrazioni irregolari ha raggiunto livelli mai raggiunti prima. Secondo i dati di Europol, nel 2015 approssimativamente un milione di migranti sono arrivati illegalmente in Europa, e più del 90% di loro ha fatto ricorso a canali di migrazione irregolari³.

Il traffico di migranti, considerata la sua relazione con la criminalità organizzata transnazionale⁴, ha rappresentato una perenne preoccupazione per la comunità internazionale; di conseguenza, quest'ultima, consapevole della gravità del fenomeno, all'inizio del decennio scorso ha introdotto una regolamentazione *ad hoc* contenuta in uno dei tre protocolli della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale (c.d. Convenzione di Palermo)⁵. In particolare, il secondo protocollo alla Convenzione è dedicato al "Traffico di migranti via terra, via mare e via aria" (gli altri due protocolli sono dedicati – rispettivamente – alla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, e alla fabbricazione e ai traffici illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni).

Questi tre strumenti di diritto internazionale, in vigore dal 2004, impongono diversi obblighi agli Stati Parte. Nel caso del Protocollo per combattere il traffico di migranti, l'obbligo più importante è quello di introdurre lo specifico reato di traffico di migranti secondo le disposizioni e le regole contenute nel Protocollo medesimo⁶.

Il processo di criminalizzazione, tuttavia, non ha avuto lo stesso sviluppo né risultato nei vari Stati Parte. Ad esempio, mentre in Sudamerica gli Stati hanno introdotto il reato di traffico di migranti descrivendolo in termini quasi identici a quelli usati nel Protocollo della Convenzione di Palermo⁷, l'Unione Europea e la maggioranza dei suoi Stati membri hanno seguito un percorso diverso. Infatti, dopo un ampio dibattito⁸ hanno previsto e introdotto nei rispettivi ordinamenti giuridici un reato di "favoreggiamento dell'immigrazione irregolare", figura diversa dal traffico di migranti.

Secondo la nostra opinione, il legislatore comunitario e la maggioranza dei paesi europei hanno confuso lo specifico reato di traffico di migranti con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Ciò ha generato molteplici e complessi problemi, e quanto accaduto in Italia ne è forse l'esempio più paradigmatico. Questa confusione è principalmente dovuta al fatto che il fine di profitto non è stato previsto come elemento della fattispecie, ma è stato relegato a semplice circostanza aggravante.

Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è, in effetti, un reato criminologicamen-

¹ Come si spiegherà nei paragrafi seguenti, non siamo d'accordo con gli autori italiani che equiparano il reato di *smuggling of migrants* con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

² R. PISILLO, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 4, 2004, 723.

³ EUROPOL, *Migrant Smuggling in the EU*, 2016, 5.

⁴ EUROPOL, *Migrant Smuggling*, cit., 2-7; UNODC, *Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010; A. HARTATI, *Criminalization of the Smuggling of Migrants in Accordance with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, in *Indonesian Journal of International Law*, vol. 11, n. 1, 22-23; A. PACURAR, *Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants. A Study on International Legal Norms, Standards and Practices*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, n. 2, 259.

⁵ Per le note di carattere storico sulla Convenzione di Palermo, v. C. BROLAN, *An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, n. 4, 581-583.

⁶ Articolo 6; A. HARTATI, *Criminalization of the Smuggling of Migrants*, cit., 28-29.

⁷ Ad esempio, Colombia, Cile, Argentina e Perù.

⁸ Per una critica al modello europeo, v. A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, n. 3; A. SPENA, *A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?*, in *Criminal Law and Philosophy*, vol. 11, n. 2.

te assai diverso dal traffico di migranti; e neppure si può affermare che i due reati abbiano funzioni equivalenti. La sovrapposizione tra i due illeciti ci porta ad affermare che, attualmente, l'Europa e la maggioranza dei suoi Stati Parte non prevedono in realtà un reato autonomo di traffico di migranti.

Nel 2015, a proposito dello “EU Action Plan against Migrant Smuggling (2015-2020)”⁹, la Commissione Europea ha affermato, tra l'altro, la necessità di modificare e rafforzare gli strumenti normativi per combattere questo fenomeno. Ma in quale direzione dovrebbero indirizzarsi tali riforme?

L'obbiettivo del presente articolo è analizzare criticamente la legislazione europea, ponendo particolare attenzione alla scelta operata dal legislatore italiano per sanzionare penalmente il fenomeno del di traffico di migranti. Nella prima parte analizzeremo i requisiti del reato di traffico di migranti nel diritto internazionale, con specifico riferimento all'elemento del fine di profitto. Nel prosieguo evidenzieremo le ragioni per cui non è possibile concepire questo delitto come avente la medesima funzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In conclusione, si cercherà di distinguere chiaramente gli elementi costitutivi di ciascuna figura criminosa e i rispettivi ambiti di applicazione.

2. Il delitto di traffico di migranti nella Convenzione di Palermo.

L'illecito di traffico di migranti costituisce, senza dubbio, uno dei più gravi crimini nel contesto internazionale. Ma cosa dobbiamo intendere per “traffico di migranti”?

L'articolo 3 del Protocollo definisce il traffico di migranti in questi termini: “procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente”.

Dalla definizione contenuta nell'articolo 3 appena citato emergono i tre elementi essenziali del reato di traffico di migranti¹⁰.

1. Il primo elemento è quello rappresentato dal *procurare* l'ingresso illegale di una persona. Su questo primo requisito, parte della dottrina ha sottolineato che il comportamento sanzionato non è costruito come una forma di complicità nella condotta del migrante¹¹. Questo rilievo acquisisce ancora maggior peso se si considera la definizione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare contenuta nella Direttiva 2002/90 dell'Unione Europea. Difatti, mentre il Protocollo utilizza una formula che presuppone che l'ingresso del migrante nel territorio nazionale sia il risultato dell'azione di un'altra persona (“*procurare* l'ingresso”), la Direttiva adotta nell'articolo 1 un'espressione che sottolinea la funzione ausiliare della condotta dell'autore del reato di favoreggiamento rispetto a quella del migrante (“*aiuta* una persona (...) ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato”)¹².

2. Il secondo elemento consiste nel fatto che l'ingresso avvenga *in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina* o residente permanente.

3. Il terzo elemento, infine, si compendia nel fatto che l'autore del reato ponga in essere la condotta delittuosa *al fine di ricavare*, direttamente o indirettamente, *un vantaggio finanziario o materiale*. Sulla base di questo peculiare elemento soggettivo, l'illecito di traffico di migranti si configura soltanto se l'autore ha realizzato la condotta con il fine di profitto¹³. La previsione di

⁹ European Commission, *EU Action Plan against Migrant Smuggling (2015-2020)*, 2015.

¹⁰ UNODC, *A short introduction to migrant smuggling*, 2010, 4; A. HARTATI, *Criminalization of the Smuggling of Migrants*, cit., 30.

¹¹ A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation?*, in S. CARRERA - E. GUILD (a cura di), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 37.

¹² A questo proposito si vedano i rilievi di A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration*, cit., 37; A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol*, in *Journal of Criminal Law*, vol. 79, n. 2, 124-126. Il requisito della condotta, pur rappresentando un elemento di discriminazione tra il reato di traffico di migranti e quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, non potrà essere studiato nel dettaglio perché non costituisce l'oggetto del presente studio.

¹³ UNODC, *A short introduction*, cit., 5; UNODC, *The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*, 2017, 8; V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, 328-329; A. ALJEHANI, *The Legal Definition*, cit., 126.

questo requisito aveva chiaramente lo scopo – secondo l'intenzione degli estensori della Convenzione di Palermo – di non sanzionare la condotta di familiari, affiliati ad organizzazioni non governative, gruppi religiosi, o di altre persone che, per ragioni non lucrative, aiutassero il migrante ad entrare nello Stato di destinazione¹⁴.

Il fondamento di questa limitazione può facilmente spiegarsi: quando i migranti non hanno le risorse economiche sufficienti per affrontare i costi di una migrazione regolare, ma non hanno intenzione di desistere dal loro proposito di abbandonare la terra d'origine per trasferirsi a vivere in altro paese, mettono loro stessi in una situazione di pericolo, almeno sotto due profili. In primo luogo, la vulnerabilità economica del migrante aumenta esponenzialmente, dal momento che deve pagare grandi somme o perfino ipotecare i suoi beni¹⁵. In secondo luogo, questa stessa vulnerabilità genera il rischio che il migrante, avendo l'obiettivo di migliorare le sue condizioni finanziarie, consideri lo sfruttamento della propria persona come l'unica alternativa percorribile, entrando così nel mercato del traffico di esseri umani¹⁶. Il trafficante approfitta della situazione di vulnerabilità del migrante e se ne serve come potenziale fonte di arricchimento (*money-making*)¹⁷.

Il disvalore della condotta del trafficante, pertanto, non si esaurisce nella violazione della normativa nazionale sul controllo dei flussi migratori¹⁸, ma si incentra principalmente sullo sfruttamento dello straniero e sull'approfittamento della sua vulnerabilità¹⁹.

Quanto detto sin qui è sufficiente – a nostro avviso – per distinguere il traffico di migranti dal favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, cioè l'ipotesi in cui terze persone, animate da ragioni non lucrative, aiutano il migrante ad entrare nel paese straniero²⁰.

Pertanto, l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (come quella prevista, ad esempio, dall'articolo 12 comma 1 del Testo unico sull'immigrazione italiano, o dall'articolo 318 *bis* del codice penale spagnolo) è ipotesi che dovrebbe essere tenuta ben distinta dal traffico di migranti, non potendosi considerare le due fattispecie equivalenti sul piano funzionale, come ritiene invece la maggioranza della dottrina italiana²¹. A ben vedere, il reato di favoreggiamento non trova alcuna descrizione o regolamentazione a livello internazionale (non è previsto dalla Convenzione di Palermo), ma è piuttosto una "creazione" di matrice europea, in particolare, della Direttiva 2002/90.

2.1. *Il bene giuridico protetto.*

Una volta analizzati gli elementi costitutivi di questo specifico reato così come previsto nello strumento normativo internazionale, bisogna adesso individuare quale è il bene giuridico protetto da questa incriminazione, questione che è oggetto di vivace dibattito a livello

¹⁴ In questo senso si vedano, tra gli altri, A. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 4, 996; ONU, *Interpretive notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Conventions against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, § 88 e 92; UNODC, *A short introduction*, cit., 5; UNODC, *Corruption and the Smuggling of Migrants*, 2013, 7. In senso contrario, però, alcuni autori, nonostante la espressa previsione contenuta nella Convenzione di Palermo, non includono questo requisito nella definizione del reato di traffico di migranti: cfr., ad esempio, R. PISILLO, *Strumenti comunitari*, cit., 726.

¹⁵ G. ANTONOPOULOS – J. WINTERDYK, *The Smuggling of Migrants in Greece*, in *European Journal of Criminology*, vol. 3, n. 4, 452; T. OBOKATA, *Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, n° 2, 400.

¹⁶ T. OBOKATA, *Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective*, cit., 400.

¹⁷ Un interessante studio empirico sul cosiddetto "market of smuggling" è stato condotto da K. KOSER, *Why migrant smuggling pays*, in *International Migration*, vol. 46, n. 2.

¹⁸ A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration*, cit., 37.

¹⁹ G. ANTONOPOULOS – J. WINTERDYK, *The Smuggling of Migrants in Greece*, cit., 456.

²⁰ A. DAUNIS, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, 6.

²¹ In questo senso, L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of Migrants e Trafficking in Persons: la disciplina italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, 7; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, n. 4, 1451; I. SALVADORI, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna. Spunti per una riflessione comparata*, in E. ROSI - F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, 135; F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti*, in E. ROSI - F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013; A. CAPUTO, *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero*, in A. CAPUTO - G. FIDELBO (a cura di), *Reati in Materia di Immigrazione e di Stupefacenti*, vol. IX, in F. PALAZZO - C. E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, 10-11.

dottrinale.

Al riguardo, si possono distinguere tre diverse tesi:

a. Secondo una prima tesi, l'interesse tutelato dalla norma in esame sarebbe la "politica migratoria statale". In altre parole, il bene giuridico coinciderebbe con l'interesse statale al controllo e alla ordinata gestione dei flussi migratori, al fine di regolare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio²².

b. In base ad una seconda tesi, invece, l'interesse tutelato dalla norma sarebbe la protezione dei diritti dei migranti. Questa tesi individua cioè il bene protetto nei diritti (libertà, sicurezza, patrimonio, ecc.) di cui è titolare lo stesso migrante oggetto del traffico²³. I migranti sarebbero considerati, in questa prospettiva, un gruppo soggettivo particolarmente vulnerabile.

c. Infine, secondo una terza tesi, il reato avrebbe natura plurioffensiva. Una parte della dottrina ritiene che il legislatore abbia previsto l'incriminazione del traffico di migranti allo scopo di tutelare entrambi gli interessi: tanto la politica migratoria dello Stato, quanto i diritti dei migranti²⁴.

Quest'ultima è – a nostro avviso – la tesi da ritenersi preferibile, in quanto più aderente alla previsione normativa del reato di "traffico di migranti" contemplata dal diritto internazionale, previsione normativa che abbiamo compiutamente descritto nel precedente paragrafo.

Infatti, tenendo conto della natura necessariamente transnazionale della condotta punita dal reato in questione²⁵, non si può negare che il traffico di migranti comprometta innanzitutto l'interesse primario dello Stato al controllo dei flussi migratori. D'altra parte, la lesione di tale interesse non è sufficiente per ritenere integrato il reato, dal momento che anche la tutela dei diritti dei migranti ha rilevanza ai fini dell'incriminazione. Questa conclusione è particolarmente evidente se si considera il fondamento del reato in esame e il suo elemento soggettivo qualificato (dolo specifico) rappresentato dalla finalità di profitto.

A nostro parere, il traffico di migranti, oltre a essere un delitto di danno posto a tutela del potere statale al controllo e all'ordinata gestione dei flussi migratori, configura altresì un reato di pericolo astratto posto a tutela dei diritti soggettivi del migrante: l'incolumità fisica e il suo patrimonio²⁶. Tale pericolo si scorge – ad esempio – nella particolare situazione di vulnerabilità del migrante, nelle condizioni in cui comunemente avviene il trasporto e nel suo sfruttamento patrimoniale (il trasportatore vede nel migrante una fonte di reddito). Il traffico di migranti costituisce, pertanto, una figura delittuosa plurioffensiva²⁷.

3. Osservazioni critiche sull'attuale legislazione dell'Unione Europea e su quella di alcuni Stati membri.

Negli ultimi venti anni la disciplina europea in tema di immigrazione, e in particolare quella relativa alla repressione dell'immigrazione irregolare, è stata più volte oggetto di ri-

²² A. DAUNIS, *Sobre la urgente necesidad*, cit., 16., I. Salvadori, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna*, cit., 145; M. MARTÍNEZ, *¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, n. 10, 8; B. GARCÍA, *La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, n. 3, 849-850; M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in E. ROSI - F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, 171 ss; C. MORSELLI, *Diritto e Procedura Penale dell'Immigrazione*, Napoli, 2011, 108-109; B. GARCÍA, *La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, n. 3, 845-846; F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di "clandestinità"*, cit., 255-256.

²³ J. R. SERRANO-PIEDecasas, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in P. LAURENZO (a cura di), *Immigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, 332; M. J. RODRÍGUEZ, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, 58.

²⁴ V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación*, cit., 329; P. LAURENZO, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003, n. 12, 74; Tribunal Supremo español, sentenze N° 1.092/2007, 27 dicembre 2007; 1.087/2006, 10 novembre 2006.

²⁵ V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación*, cit., 328 ss.

²⁶ V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación*, cit., 329.

²⁷ Questa impostazione è peraltro coerente con la previsione dell'articolo 2 del Protocollo alla Convenzione di Palermo, secondo cui lo scopo del Protocollo medesimo «è di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati parte a tal fine, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino». Questo fine "di tutela dei diritti del migrante" non sarebbe compatibile con una ricostruzione che concepisca come bene giuridico esclusivo la politica migratoria statale.

forma. I paesi europei, soprattutto quelli – come l'Italia²⁸ – che si sono trasformati da paesi di emigrazione in paesi di immigrazione, hanno ripetutamente riformato la loro legislazione penale sull'immigrazione, prevedendo nuove fattispecie e aumentando le pene stabilite²⁹.

Nel presente paragrafo descriveremo brevemente l'evoluzione della legislazione europea sul reato di traffico di migranti, e metteremo in evidenza i principali problemi generati dalla attuale normativa. A nostro parere, il processo legislativo europeo ha condotto ad uno snaturamento del reato di traffico di migranti. In effetti, il legislatore comunitario e quello della maggioranza dei paesi europei hanno sovrapposto tale fattispecie criminosa con quella – diversa e assai meno grave – di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, allontanandosi, in questo modo, dal modello delineato a livello internazionale, e che trova la sua regolamentazione nel Protocollo della Convenzione di Palermo.

3.1. *La normativa europea sul traffico di migranti.*

In un primo momento, la legislazione europea ha adottato un modello simile a quello contenuto nel Protocollo della Convenzione di Palermo. L'articolo 27 comma 1 della Convenzione di Schengen, infatti, introduceva un obbligo di criminalizzazione del delitto di traffico di migranti³⁰, esprimendosi in questi termini: "Le Parti contraenti si impegnano a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri". Con questa norma, la Convenzione di Schengen descriveva il reato di traffico di migranti prevedendo gli stessi tre elementi che sono richiesti dall'articolo 3 della Convenzione di Palermo: (a) procurare l'ingresso illegale; (b) in uno Stato del quale il migrante non è cittadino; (c) a fine di profitto.

Tuttavia, il legislatore europeo si è presto discostato da questo modello. Così, mentre i paesi non europei, dopo la ratifica del Protocollo della Convenzione di Palermo, hanno cominciato a introdurre nei rispettivi ordinamenti il reato di traffico di migranti seguendo il modello indicato dal Protocollo (ad esempio, i paesi sudamericani come il Cile³¹, la Colombia³², l'Argentina³³ e il Perù³⁴), cioè come illecito a dolo specifico, distinto da altre forme di aiuto all'immigrazione irregolare, l'Europa ha promulgato la Decisione Quadro 2002/946 e la Direttiva 2002/90 con le quali ha introdotto il diverso delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, prevedendo l'obbligo per gli Stati membri di introdurre questa fattispecie criminosa nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Questa nuova incriminazione non prevede come requisito della fattispecie base il *fine di profitto*. L'articolo 1, paragrafo 1, lettera a) della Direttiva dispone infatti che è fatto obbligo per gli Stati europei di prevedere sanzioni adeguate "nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa

²⁸ M. DE GIORGIO, *Delitti di favoreggiamento dell'immigrazione illegali*, in L. degli Innocenti (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, II edizione, Milano, 2013, 87-88; I. SALVADORI, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna*, cit., 133.

²⁹ Sull'evoluzione della legislazione italiana, v. A. CAPUTO, *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero*, cit., 14 ss.

³⁰ S. KRIEG, *Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, in *European Law Journal*, vol. 15, n. 6, p. 788; R. PISILLO, *Strumenti comunitari*, cit., 745.

³¹ Articolo 411 bis codice penale: "Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado. Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado".

³² Articolo 188 codice penale: "Del tráfico de migrantes. El que promueva, induzca, constrina, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y una multa de cincuenta (50) a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria".

³³ Articolo 116 *Ley de Migraciones n. 25871*: "Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promover o facilitar el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio". Sui reati migratori in Argentina, v. J. GONZÁLEZ, *Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.

³⁴ Articolo 303^o-A codice penale: "El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años".

all'ingresso o al transito degli stranieri".

Nel modello introdotto dai due strumenti comunitari sopra citati, lo scopo di lucro appare soltanto come un elemento della fattispecie aggravata descritta nell'articolo 1, comma terzo della Decisione Quadro. Quest'ultima disposizione in particolare prevede che: "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), e, ove pertinente, all'articolo 2, lettera a) della direttiva 2002/90/CE [vale a dire la fattispecie di "aiuto" all'immigrazione clandestina], se perpetrati a scopo di lucro, siano passibili di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a 8 anni, quando sono commessi in una delle circostanze seguenti:

- il reato è commesso da un'organizzazione criminale quale definita nell'azione comune 98/733/GAI,
- la commissione del reato mette in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime".

Come può notarsi, la fattispecie aggravata esige, oltre al fine di profitto, anche la messa in pericolo della vita o dell'incolumità del migrante, ovvero la commissione del reato da parte di una organizzazione criminale.

Il legislatore europeo – ben consapevole dei problemi applicativi che la mancata inclusione del fine di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie base avrebbe potuto generare – ha d'altra parte introdotto nell'articolo 2 della Direttiva la previsione di una causa di esclusione della responsabilità per ragioni umanitarie³⁵. In particolare, ha previsto che "ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata". Si deve sottolineare, nondimeno, che la previsione di questa causa di esclusione della responsabilità non costituisce un obbligo per i paesi europei. Infatti, solo circa un quarto degli Stati membri ha introdotto questa causa nei rispettivi ordinamenti giuridici³⁶.

A nostro avviso, la soluzione adottata dal legislatore comunitario non risolve adeguatamente il problema. L'attuale formulazione dell'articolo 2 della Direttiva è – a ci pare – del tutto inadeguata perché i margini di applicazione della causa di esclusione della responsabilità sono definiti in modo poco chiaro ed eccessivamente restrittivo: manca una definizione normativa di "ragioni umanitarie"³⁷, e le stesse si confondono con le ragioni che vengono riconosciute di rilievo umanitario nel diritto internazionale, le quale sono notevolmente più ristrette³⁸.

Possiamo pertanto concludere che il modello costruito dalla Direttiva e dalla Decisione Quadro differisce dal Protocollo in due aspetti essenziali: 1) la rilevanza assegnata allo scopo di lucro nell'economia della fattispecie (elemento costitutivo in un caso, mera circostanza aggravante nell'altro); 2) la previsione, da parte della normativa europea, di un'esimente specifica (causa di esclusione della pena) per coloro che forniscono assistenza umanitaria³⁹.

Ma le differenze non si esauriscono qui. In sede di recepimento della Decisione Quadro, vari Stati europei si sono ulteriormente allontanati dal modello previsto dal Protocollo della Convenzione di Palermo: il fine di profitto, infatti, non è stato introdotto come requisito di un'autonoma fattispecie aggravata che richiede anche il pericolo per l'incolumità del migrante (o l'esistenza di un'organizzazione criminale), bensì come unico elemento di per sé idoneo a comportare un aggravamento di pena.

Ad esempio, l'articolo 318 *bis*, numero 1, comma terzo del codice penale spagnolo dispone che, se il fatto è commesso con fine di profitto, si deve applicare la pena "en su mitad superior" (vale a dire "nella metà superiore" della cornice edittale prevista per la fattispecie base). Nel caso dell'Italia, l'articolo 12, comma 3 *ter*, lettera b) del Testo unico sull'immigrazione dispone che la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui ai commi 1 e 3 sono

³⁵ J. MUÑOZ, *La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, n. 18, 5.

³⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 15; J. ALLSOPP, *The european facilitation directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: Measuring the impact on the whole community*, in S. CARRERA - E. GUILD (a cura di), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 48.

³⁷ Analoghe critiche sono formulate, ad esempio, da J. ALLSOPP - M. G. MANIERI, *The EU Anti-smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, in S. CARRERA - E. GUILD (a cura di), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 84.

³⁸ Sul concetto di "ragioni umanitarie" nel diritto internazionale si veda R. FEDERICI, *Guerra o diritto?: il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, II edizione, Napoli, 2010.

³⁹ Articolo 1, numero 2 Direttiva 2002/90.

commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto. Anche le figure delittuose previste dalla legislazione del Regno Unito⁴⁰ e della Francia⁴¹ non includono il fine di profitto come requisito della fattispecie base di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

La legislazione del Belgio rappresenta indubbiamente un'eccezione⁴² perché ha introdotto una fattispecie incriminatrice sulla falsariga di quella prevista dal Protocollo di Palermo, ma anche un'altra fattispecie incriminatrice costruita seguendo il modello della Direttiva 2002/90 e della Decisione Quadro 2002/946⁴³. Infatti, mentre l'articolo 77 della legge sugli stranieri (*Loi du 15 décembre 1980, sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*⁴⁴) descrive il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare prevedendo gli stessi elementi dell'articolo 1 della Direttiva, l'articolo 77 *bis*, comma 1⁴⁵ introduce la figura di traffico di migranti in conformità al modello descritto dal Protocollo di Palermo.

Sulla base di quanto sin qui detto, a noi sembra di poter concludere che la legislazione dell'Unione Europea, e quella della maggior parte degli Stati membri, non prevede oggi un autonomo reato di traffico di migranti. Infatti, le figure delittuose previste da tali legislazioni non contemplano il fine di profitto come requisito della fattispecie base, ma lo prevedono come elemento idoneo ad integrare una semplice circostanza aggravante.

3.2. Le principali questioni problematiche causate dall'attuale quadro legislativo europeo.

La qualificazione del fine di profitto in termini di mera circostanza aggravante operata dalle legislazioni degli Stati europei dà origine alle seguenti questioni problematiche.

a. Il primo problema è rappresentato dal fatto che la funzione comunicativa e stigmatizzante che la comunità internazionale assegna alla figura delittuosa del traffico di migranti si confonde e, alla fine, si disperde, perché non si riesce a identificare adeguatamente il suo contenuto. Guardando alle norme che contemplano il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina nei diversi ordinamenti europei, non è infatti possibile identificare un disvalore omogeneo cui le stesse intendono fare riferimento.

Il modello adottato dal legislatore europeo, come si è visto, concepisce il traffico di migranti non come un illecito specifico ed autonomo, bensì come semplice circostanza aggravante di altro – e assai meno grave – reato, quello di “favoreggiamento dell'immigrazione irregolare”. In questo modo, il traffico di migranti perde gran parte della carica di disvalore che le è propria, e viene trattato alla stregua di un reato comune, per nulla adeguato a fronteggiare il fenomeno criminologico che la comunità internazionale intendeva contrastare.

Si consideri poi che la Corte di cassazione italiana ha accolto un'interpretazione ampia secondo cui il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare avrebbe natura di reato

⁴⁰ Articolo 25 *Immigration Act* 1971: “25 Assisting unlawful immigration to member State.

(1) A person commits an offence if he:

(a) does an act which facilitates the commission of a breach of immigration law by an individual who is not a citizen of the European Union, (b) knows or has reasonable cause for believing that the act facilitates the commission of a breach of immigration law by the individual, and (c) knows or has reasonable cause for believing that the individual is not a citizen of the European Union”.

⁴¹ Articolo 622-1, comma, 1 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*: “Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros”.

⁴² Per un approccio generale sul fenomeno del traffico di migranti nel Belgio, v. J. KAIZEN – W. NONNEMAN, *Irregular Migration in Belgium and Organized Crime: An Overview*, in *International Migration*, vol. 45, n° 2.

⁴³ Per ulteriori riferimenti alla legislazione belga si veda il rapporto intitolato *Service de la Politique Criminelle, The fight against trafficking and smuggling in human beings*, 5.

⁴⁴ L'articolo 77 dispone: “Quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat, soit dans les faits qui ont préparé l'entrée, le transit ou le séjour, ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de mille sept cents euros à six mille euros ou d'une de ces peines seulement.

L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires”.

⁴⁵ L'articolo 77 *bis* dispone: “Constitue l'infraction de trafic des êtres humains, le fait de contribuer, de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l'entrée, le transit ou le séjour d'une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne sur ou par le territoire d'un tel Etat ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique, en violation de la législation de cet Etat, en vue d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial”.

di pericolo o a consumazione anticipata⁴⁶, essendo del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo, e bastando per il suo perfezionamento il solo fatto che l'agente ponga, con la sua condotta, una condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato⁴⁷. Alla luce di questa interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza italiana, la figura base di questo reato appare eccessivamente ampia, dal momento che può comprendere e sanzionare condotte estremamente diverse: dalla madre che aiuta suo figlio a entrare illegalmente nel paese perché non ha la somma necessaria per farsi carico del costo di un viaggio regolare, al benintenzionato che fornisce aiuto al migrante con lo scopo di tutelare le condizioni di vita degli stranieri⁴⁸, sino al trafficante internazionale senza scrupoli che ammassa i migranti in una barca nel Mediterraneo e li abbandona alla loro sorte⁴⁹. Tutti questi casi possono essere ricondotti alla medesima fattispecie criminosa⁵⁰.

b. Il secondo problema è rappresentato dalle conseguenze che la configurazione del fine di profitto come mera circostanza aggravante, anziché come elemento costitutivo di un'auto-noma fattispecie di reato, provoca in caso di concorso di persone nell'illecito. Dal momento che attiene ai motivi a delinquere, il fine di profitto deve essere considerato alla stregua di una circostanza soggettiva⁵¹, e come tale sarà valutata soltanto con riguardo alla persona a cui si riferisce, non potendo pertanto considerarsi comunicata agli altri concorrenti⁵².

Naturalmente, se lo scopo di lucro fosse un elemento della fattispecie, la soluzione sarebbe diversa perché basterebbe, per punire il concorrente, la sua consapevolezza di partecipare alla commissione del reato specifico.

c. La previsione del fine di profitto come mera circostanza aggravante appare poi del tutto inadeguata se si tiene conto degli effetti che si possono produrre in caso di giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee (cioè qualora concorrano con la circostanza aggravante *de qua* una o più circostanze attenuanti)⁵³. In questo caso, l'aggravamento di pena che la norma prevede per il caso in cui il fatto sia commesso a scopo di profitto potrebbe essere compensato dalla presenza di una circostanza di segno opposto, con la conseguenza che il disvalore del fatto non troverebbe adeguato riconoscimento neppure nel *quantum* di pena alla fine applicata all'autore.

d. Infine, un ultimo profilo di criticità si può presentare in caso di estradizione verso paesi non europei che hanno adottato il modello della Convenzione di Palermo, in particolare con riferimento al requisito della doppia incriminazione. Ad esempio, i paesi sudamericani, come si è detto sopra, non prevedono un reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ma

⁴⁶ In questo senso, S. ZIRULIA, *sub art. 12 Testo Unico sull'Immigrazione*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (fondato da), E. DOLCINI – G. MARINUCCI (diretto da), *Codice Penale Commentato*, IV edizione, vol. III, Milano, 2015, 2673.

⁴⁷ La Corte di Cassazione, Sez. I, n. 48402/2016, ha sostenuto: "il delitto di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 12, consistente nel compiere atti diretti a procurare l'ingresso illegale di una persona nello Stato, ha natura di reato di pericolo o a consumazione anticipata ed è del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo (tra le altre, Sez. 1, n. 34053 del 06/10/2006, P.M. in proc. Bua, Rv. 234803; Sez. 1, n. 10255 del 28/02/2008, P.G. in proc. Metrica Constanti, Rv. 239239; Sez. 1, n. 1082 del 04/12/2008, dep. 2009, Mali, Rv. 242487; Sez. 1, n. 27106 del 16/06/2011, Giurato, Rv. 250803; Sez. 1, n. 16120 del 29/03/2012, Cosenza, Rv. 253209), perfezionandosi per il solo fatto che l'agente pone in essere, con la sua condotta, una condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato, e indipendentemente dal verificarsi dell'evento (Sez. 1, n. 28819 del 22/5/2014, Pancini, Rv. 259915)".

⁴⁸ Ad esempio, la sentenza 447/2017 del Tribunale di Imperia, caso in cui il Pubblico Ministero chiedeva la pena di 3 anni e 4 mesi di reclusione per l'imputato, che aveva aiutato una famiglia straniera a entrare in Francia perché pensava che erano malate e in pericolo.

⁴⁹ M. MARTÍNEZ, *¿Puede utilizarse el derecho penal?*, cit., 15.

⁵⁰ L'assimilazione indiscriminata di situazioni così eterogenee diventa ancor più problematica se consideriamo che il legislatore italiano ha previsto un trattamento penitenziario particolare per i soggetti condannati per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. L'articolo 4 *bis* della legge n. 354 sull'ordinamento penitenziario, infatti, dispone che la concessione di alcuni benefici ai soggetti condannati per tale reato sia subordinata ad una loro collaborazione effettiva con la giustizia a norma dell'articolo 58 *ter* della medesima legge.

⁵¹ M. DE GIORGIO, *Delitti di favoreggiamento*, cit., 110; A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in A. CAPUTO - G. FIDELBO (a cura di), *Reati in Materia di Immigrazione e di Stupefacenti*, vol. IX, in F. PALAZZO - C. E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, 72.

⁵² La questione è in realtà controversa. La giurisprudenza, infatti, interpreta la previsione dell'articolo 118 del codice penale italiano nel senso che anche le circostanze concernenti i motivi a delinquere o l'intensità del dolo (quale ad esempio l'aggravante del nesso teleologico *ex* articolo 61 n. 2) devono essere estese a tutti i concorrenti, a condizione che dagli stessi siano effettivamente conosciute. *Contra* v. però M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 277. Sul punto veda anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, VI edizione, Milano, 2017, 505-506. Disposizione analoga all'articolo 118 del codice penale italiano si trova anche nel codice penale spagnolo all'articolo 65, comma 1.

⁵³ Articoli 69 codice penale italiano, e 66, comma 7 codice penale spagnolo.

soltanto il reato di traffico di migranti, che presenta gli elementi descritti nell'articolo 3 del Protocollo alla Convenzione di Palermo.

4.

La nostra proposta *de iure condendo* è allora di costruire un modello che distingua e gradui la risposta punitiva tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e traffico di migranti.

A nostro parere, i problemi evidenziati nel precedente paragrafo suggeriscono di introdurre una modifica al modello europeo di repressione all'immigrazione irregolare, come delineato dalla Decisione Quadro 2002/946 e dalla Direttiva 2002/90. Un'opzione a nostro avviso percorribile sarebbe quella di costruire un modello che distingua chiaramente la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare da quella del traffico di migranti, graduando la rispettiva risposta sanzionatoria in una scala ascendente, come ha fatto – ad esempio – il Belgio.

Ad un primo livello dovrebbe essere collocato il reato di “favoreggiamento dell'immigrazione irregolare”. Questo reato dovrebbe essere posto a presidio unicamente dell'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori⁵⁴. In considerazione del fondamento materiale di questo illecito, lo scopo di lucro non dovrebbe giocare alcun ruolo.

Per quanto concerne l'entità della sanzione, a nostro avviso il legislatore dovrebbe prevedere una pena poco elevata, e comunque inferiore a quella prevista per gli altri illeciti in tema di immigrazione irregolare. Così è accaduto, ad esempio, in Spagna, dove la figura base di favoreggiamento è sanzionata con la reclusione fino ad uno anno o con la multa.

Sarebbe inoltre opportuno introdurre una clausola di esclusione della responsabilità con riferimento al caso in cui tra l'autore del delitto e il migrante intercorra un rapporto familiare, alla stregua di quelli previsti dagli articoli 307 e 384 del codice penale italiano⁵⁵.

Per quanto concerne poi la causa di esclusione della responsabilità per ragioni umanitarie, la formulazione prevista nella Direttiva 2002/90 dovrebbe essere rivista. Infatti, come si è detto sopra, l'espressione “ragioni umanitarie” non trova compiuta definizione nel testo della Direttiva. La causa di esclusione della responsabilità potrebbe essere riformulata in termini di causa di esclusione della colpevolezza assimilabile ad una forma di stato di necessità dai confini più ampi (ad esempio, non sarebbe opportuno richiedere che l'azione posta in essere sia l'unico modo di evitare il pericolo). Ciò renderebbe i confini della norma più chiari e la sua applicazione più agevole, perché farebbe ricorso a categorie ed istituti di diritto penale già noti nella prassi.

Ad un livello superiore di gravità dovrebbe essere collocato, quale delitto autonomo e diverso dal favoreggiamento all'immigrazione irregolare, il reato di traffico di migranti come previsto e disciplinato dalla Convenzione di Palermo e dal suo Protocollo. Questo reato dovrebbe essere posto a presidio non solo dell'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, ma anche – e soprattutto – dei diritti fondamentali dei migranti, la cui posizione di particolare vulnerabilità è oggetto di potenziale sfruttamento economico da parte dei trafficanti. In questo illecito, pertanto, il fine di profitto dovrebbe essere previsto come elemento costitutivo della fattispecie.

Per quanto concerne infine l'entità della sanzione, a nostro avviso il legislatore dovrebbe prevedere una pena adeguata al disvalore del fatto, e senz'altro superiore a quella prevista per gli altri illeciti in tema di immigrazione irregolare.

⁵⁴ In proposito, si vedano i rilievi critici di A. SPENA, *A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?*, cit.

⁵⁵ J. ALLSOPP – M. G. MANIERI, *The EU Anti-smuggling Framework*, cit., 84.