

TRAFFICO (*SMUGGLING*) DI MIGRANTI: UNA MIRATA SINTESI DELLE
LINEE GUIDA DELLA COMMISSIONE SULLA DIRETTIVA SUL FAVO-
REGGIAMENTO

GIUSEPPE LICASTRO*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le osservazioni presentate dalla Commissione. – 3. La raccomandazione di politica generale. – 4. Una *chiosa*...

Abstract

This note discusses of smuggling of migrants. This note discusses of the Facilitation Directive, in particular: 'Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence'

Suggerimento di citazione

G. LICASTRO, *Traffico (smuggling) di migranti: una mirata sintesi delle Linee guida della Commissione sulla Direttiva sul favoreggiamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Dottore in Giurisprudenza (Istituto di Studi Europei *Alcide De Gasperi* di Roma, esperto).
Contatto: g_licastro@virgilio.it.

«Is human smuggling being criminalised to tackle organised crime, to protect states against irregular entry, and/or to protect migrants themselves? Current legislative and policy practice has demonstrated considerable lack of legal certainty and ambiguity regarding the concrete aims behind the criminalisation of human smuggling as well as regarding the main elements of the smuggling offences. This ambiguity – which is at times inextricably linked to attempts towards over-criminalisation – poses significant challenges to fundamental rights and the rule of law, as well as to bonds of solidarity and mutual assistance within democratic societies»¹

1. Introduzione

La Commissione ha pubblicato degli orientamenti² tesi a fornire un valido indirizzo sull'interpretazione della direttiva sul favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali³, che - si puntualizza giustamente nell'introduzione - non pregiudicano la competenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, «competente per l'interpretazione autentica del diritto dell'UE» (ovviamente⁴).

Appare vantaggioso proporre una mirata sintesi.

La formulazione degli orientamenti è stata ritenuta necessaria al fine di superare le problematiche che sono state evidenziate nel corso del tempo,

¹ Cfr. V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Human Smuggling as Preventive Justice*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 29. Cfr. anche (*rectius* parimenti), V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, *Queen Mary School of Law, Legal Studies Research Paper*, No. 294/2018, p. 18, disponibile (nella raccolta, annualità 2018) all'indirizzo: <https://www.qmul.ac.uk/law/research/wps/2018-wps/>.

² Cfr. la Comunicazione in GUUE C 323 del 1° ottobre 2020, p. 1 ss. I primi commenti di: A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 settembre 2020, disponibile all'indirizzo: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/the-commission-guidance-on-facilitation.html>; A. PITRONE, *La questione irrisolta del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali degli stranieri*, in *I Post di AISDUE*, II (2020), *Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, n. 3, 5 novembre 2020, p. 29 ss., specie p. 34 ss., disponibile all'indirizzo: <https://www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2020/11/Post-Anna-Pitrone-Focus-formattatorevpdf.pdf>.

³ Cfr. Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, in GUUE L 328 del 5 dicembre 2002, pp. 17-18. Sulla direttiva, v., anche, M. CARTA, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema UE*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2016, p. 1 ss., specie p. 11 ss., disponibile all'indirizzo: <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=32737>.

⁴ Da richiamare, in tale contesto, taluni rilievi di J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 571, nel quadro della disamina degli atti atipici: «Vi sono poi denominazioni aggiunte a quella di 'Comunicazione' o che la sostituiscono: in particolare, la Commissione ha preso l'abitudine di chiamare 'orientamenti' o 'linee guida' (*guidelines* in inglese) certi testi da essa prodotti [...]» in determinati settori (si menziona il settore della concorrenza). La «Commissione ha esteso tale prassi [anche] ad altri settori, [...]. Quello che conta, in primo luogo, è esaminare fino a che punto un tale testo 'mira a produrre effetti vincolanti'; solo la Corte può deciderlo in modo autoritativo, quando esamina la ricevibilità di un ricorso contro l'atto, oppure quando risponde ad un rinvio pregiudiziale riguardo agli effetti dell'atto [...]. La Corte esamina tutti gli elementi del testo e del contesto nel quale ha avuto origine per dedurne, se del caso, l'intenzione della Commissione. Le osservazioni della Commissione stessa nel corso di una procedura dinanzi alla Corte sono ovviamente molto importanti, però esse non vincolano la Corte nel suo giudizio. [...]».

attraverso un processo di valutazione della Commissione sul *Facilitators Package*⁵, consultazioni con la società civile e le agenzie dell'Unione, nonché una risoluzione del Parlamento europeo⁶, problematiche concernenti comportamenti che mirano a «prestare assistenza umanitaria», posto che l'art. 1, par. 1, lett. a della direttiva sul favoreggiamento, dispone l'adozione (da parte degli Stati membri) di adeguate sanzioni «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 all'ingresso o al transito degli stranieri», ma, al contempo, al successivo par. 2 prevede la possibilità di *non adottare* sanzioni riguardanti comportamenti che mirano proprio a prestare (ai migranti) assistenza umanitaria.

Fondamentalmente, si cerca di superare le problematiche che, sempre più evidenti e, verosimilmente, pungenti, suscitano uno stato di preoccupazione per le ONG e le persone che si adoperano a fornire assistenza umanitaria, «anche nell'ambito di operazioni di ricerca e soccorso in mare»⁷.

2. Le osservazioni presentate dalla Commissione

Dal punto di vista giuridico, le osservazioni presentate dalla Commissione appaiono, *prima facie*, utili e opportune. Appare utile il quadro giuridico

⁵ Cfr. il doc. SWD(2017) 117 final, del 22 marzo 2017, *REFIT EVALUATION of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA)*, p. 1 ss. Sulla revisione (futura) di tale pacchetto, v. C.M. RICCI, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package'*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds), *Securitisating Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden/Boston, Brill, 2020, p. 34 ss.

⁶ Cfr. la Risoluzione del 5 luglio 2018 su orientamenti destinati agli Stati membri al fine di prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria (2018/2769(RSP)), disponibile all'indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0314_IT.html.

⁷ Sembra utile menzionare in tale contesto la problematica del *fattore di attrazione*, che uno studio, del mese di novembre del 2019, concernente le operazioni di *Search and Rescue* delle ONG, ha avuto modo di smentire...: cfr. lo studio condotto da E. CUSUMANO e M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, *Policy Briefs*, 2019/22, Migration Policy Centre, European University Institute, disponibile all'indirizzo: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/65024>. Per *incidens*: peraltro, tale stato di preoccupazione, sembra avvalorato da un recente lavoro della dottrina penalistica, concernente la nascita e il successivo sviluppo del diritto penale dell'immigrazione; il lavoro suddivide in tre fasi storiche la «vicenda» della criminalizzazione del migrante irregolare: ebbene, si sostiene che la terza fase - iniziata nel 2017, tuttora in corso - si caratterizza, poiché i «destinatari della risposta penale non sono tanto gli stranieri irregolari, quanto piuttosto i membri delle ONG che operano i soccorsi in mare», cfr. più diffusamente, L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici" - La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, Atti VIII° convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Siracusa, 25-26 ottobre 2019), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 807, specie p. 825 ss. (in argomento, sul *diritto penale "dei nemici"*, v. la monografia di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 1 ss., specie p. 25 ss.).

delineato nel documento, che si concentra su determinati elementi (plausibilmente) considerati elementi chiave della disciplina, ossia l'elemento del vantaggio finanziario o materiale e l'elemento umanitario.

Si pone infatti all'attenzione, richiamando l'art. 3 del Protocollo sullo *smuggling* di migranti, allegato alla Convenzione di Palermo del 2000⁸, l'elemento del «vantaggio finanziario o materiale», da ottenere, direttamente o indirettamente, dall'ingresso irregolare «di una persona in uno Stato Parte di cui la persona» non risulta essere «cittadina o residente permanente», nonché richiamando un *issue paper*⁹ dell'United Nations Office on Drugs and Crime, dal titolo *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, del 2017, che rappresenta tale elemento quale «finalità» del traffico di migranti; si precisa - richiamando ancora l'*issue paper* - che il protocollo sullo *smuggling* «non impedisce agli Stati di introdurre fattispecie di reato al di fuori del suo ambito di applicazione» (si menziona, ad esempio, anche il favoreggiamento dell'ingresso), ma, «esso non intende né può essere utilizzato come base giuridica per perseguire chi agisce per motivi umanitari», inoltre si richiama la *Legislative guides for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto* del 2004¹⁰, che aveva analizzato tale profilo, affermando l'esclusione, dal riferimento del vantaggio finanziario o materiale, i «gruppi che agiscono con motivazioni puramente politiche o sociali».

Tale quadro giuridico pone (poi) all'attenzione la disciplina prevista dall'Unione, specie il *pacchetto sul favoreggiamento (repetita iuvant)*, ossia la menzionata direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI¹¹ sulla repressione penale del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali), che si prefigge l'obiettivo di dare il proprio contributo per contrastare, tanto la migrazione irregolare sanzionando l'attività di

⁸ Il testo disponibile all'indirizzo: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>. Sul Protocollo, v. (però) un datato contributo di A.T. GALLAGHER, *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*, in *Forced Migration review*, (12) january 2012, p. 25 ss. (disponibile all'indirizzo: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/development-induced-displacement/gallagher.pdf>), nonché A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2014, p. 21 ss.

⁹ Disponibile all'indirizzo: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/UNODC_Issue_Paper_The_Profit_Element_in_the_Smuggling_of_Migrants_Protocol.pdf.

¹⁰ Disponibile all'indirizzo: https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/Legislative%20guides_Full%20version.pdf.

¹¹ Cfr. GUUE L 328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.

favoreggiamento connessa all'attraversamento irregolare delle frontiere¹², quanto le reti delle organizzazioni criminali, colpevoli di mettere in pericolo vite umane.

Si osserva una maggiore *ampiezza* di contenuto del reato di favoreggiamento previsto dalla direttiva (2002/90/CE) rispetto al Protocollo sullo *smuggling*, «nella misura in cui il reato di favoreggiamento» non risulta (essere) collegato al vantaggio finanziario. Si osserva altresì che lo scopo di lucro, unitamente «alla perpetrazione da parte di un'organizzazione criminale o al fatto che il reato» espone a rischio la vita delle persone che ne sono vittime, figura nell'elenco delle circostanze aggravanti della decisione quadro (2002/946/GAI).

Tuttavia, si puntualizza che la direttiva sul favoreggiamento prevede la possibilità di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti finalizzati a prestare assistenza umanitaria, utilizzando - si badi bene - la legislazione e le prassi nazionali conformi allo scopo di prestare assistenza umanitaria: si fornisce¹³, infatti, un quadro sintetico, verosimilmente esemplificativo, concernente lo stato della legislazione nazionale in materia, mettendo in evidenza che solo nella legislazione nazionale di otto Stati membri - Belgio, Croazia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia¹⁴, Malta, Spagna - è stata contemplata la prestazione di

¹² Sulla nozione di *frontiera* nel diritto internazionale, v., anche, S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare: diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012, p. 34 ss. (nonché, ID., *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011, p. 241 ss.). Sulla *gestione* delle frontiere esterne UE, v. la recentissima monografia di D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2020. Sul tema delle frontiere (sia consentita la digressione), v.: le considerazioni di S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, p. 27 ss. (disponibile all'indirizzo: <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Stato-in-trasformazione1.pdf>), specie la disamina di una delle "peculiarità" dello Stato nazione, ossia il territorio («L'idea di nazione è associata a un territorio delimitato da una frontiera, un confine, entro il quale si esercita la sovranità dello Stato [...]», *ibidem*, p. 28 ss.; sull'elemento *territoriale*, appare altresì interessante richiamare lo studio di P. COSTA, *Riflessioni su alcuni aspetti teorici della territorialità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, disponibile all'indirizzo: www.costituzionalismo.it, che *rievo*ca (anche) il pensiero di H. KELSEN e T. PERASSI. Riguardo il pensiero dell'illustre giurista HANS KELSEN, in argomento, v. anche l'opera *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, particolarmente p. 211 ss., si tratta della traduzione di SERGIO COTTA e GIUSEPPINO TREVES del volume dal titolo *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945); dal punto (di vista) della geopolitica, v. M. GRAZIANO, *Frontiere*, Bologna, il Mulino, 2017.

¹³ Si richiama lo studio dell'European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 2014, disponibile all'indirizzo: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-criminalisation-of-migrants_en.pdf.

¹⁴ In argomento, sembra confacente (qui) richiamare un rilievo manifestato dalla dottrina penalistica: «Vero è che l'art. 1.2 della Direttiva [sul favoreggiamento] riconosce la facoltà per gli stati membri di 'non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a) applicando la legislazione e le prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata'; ma l'Italia [...] si è fin qui guardata bene dall'approfittare di questa facoltà: il secondo comma dell'art. 12 Tuimm [il Testo Unico immigrazione] limita infatti la rilevanza della

«qualche forma di assistenza umanitaria come causa di non punibilità relativa al reato di favoreggiamento dell'ingresso e/o del transito illegale».

Si procede (infine) a delinare l'ambito di applicazione della direttiva sul favoreggiamento. Si formula una interpretazione della direttiva volta a non consentire la criminalizzazione delle attività umanitarie «obbligatorie per legge» (*infra*) - comportamenti da valutare caso per caso, considerando tutte le circostanze specifiche -, assistenza umanitaria obbligatoria per legge, si badi bene, da non intendere e qualificare come reato (*infra*).

scriminante del fattore umanitario alle sole 'attività di soccorso e assistenza [...] prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato': cfr. A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1863, corsivo originale (in questo contributo l'Autore si interroga, nel caso prospettato - invero abbastanza noto... -, sulla possibilità di collocare l'operato della ONG nel quadro della disciplina di cui all'art. 12 del Testo Unico immigrazione o «considerarlo scriminato, o comunque penalmente lecito», *ivi*, p. 1859 ss. Una disamina articolata e puntuale, un contributo davvero interessante nell'ambito della «retorica dello *smuggling* umanitario, utilizzata [...] da una parte dell'opinione pubblica per criminalizzare l'operato delle ONG attive nel Mar Mediterraneo nel salvataggio di migranti in *distress*», *ibidem*). Sull'art. 12 del Testo Unico immigrazione (peraltro, disponibile all'indirizzo: [\), v., ancora, A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden/Boston, Brill, 2019, p. 8 ss., p. 24 ss., specie pp. 29-35 nonché p. 35 ss. il par. 1.6.1 che reca il titolo... *Rescue and Humanitarian Smuggling*, p. 42 ss., da ultimo, v. M. MINETTI, *The Facilitators Package, Penal Populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, p. 335 ss., specie la terza sezione del contributo, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema penale*, 22 ottobre 2020 \(pubblicato successivamente in *Diritto penale contemporaneo - Riv. trim.*, \(3\) 2020, p. 143 ss., disponibile all'indirizzo: \[https://dpc-rivista-trimestrale.criminal-justicenetnetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2020_Zirulia.pdf\]\(https://dpc-rivista-trimestrale.criminal-justicenetnetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2020_Zirulia.pdf\)\), p. 1 ss., p. 6 ss., specie la prosecuzione del contributo, p. 21 ss., disponibile all'indirizzo: \[https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1603317540_zirulia-2020a-smuggling-ingiusto-profitto-illegittimita-favoreggiamento-immigrazione-clandestina.pdf\]\(https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1603317540_zirulia-2020a-smuggling-ingiusto-profitto-illegittimita-favoreggiamento-immigrazione-clandestina.pdf\) \(incidentalmente: da ultimo, ancora, sull'art. 12 del Testo Unico immigrazione, sembra interessante far presente una recentissima ordinanza del Tribunale di Bologna \(composizione collegiale\) che ha *elevato* questione di legittimità costituzionale sull'art. 12, co. 3 lett. d del Testo Unico immigrazione, cfr. S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema penale*, 7 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/alla-corte-costituzionale-la-questione-della-proporzionalita-della-pena-prevista-per-il-favoreggiamento-aggravato-dellimmigrazione-irregolare>: l'Autore \(ovviamente S. ZIRULIA\) evidenzia che si tratta «della prima volta in cui la questione della proporzionalità delle severe sanzioni penali previste per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare viene portata all'attenzione della Consulta, così aprendo un varco al sindacato di costituzionalità sulla disciplina attuativa, nel nostro ordinamento, degli obblighi europei di incriminazione dello *smuggling of migrants*; una disciplina da più voci ritenuta foriera degli eccessi sanzionatori, al punto da essere spesso evocata con espressioni quali 'criminalizzazione della solidarietà' o '*délit de solidarité*'»\). Da menzionare, in tale contesto, la *censura* manifestata da M. LAWLOR, UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, v.: *Italy: UN expert condemns 'criminalization' of those saving lives in the Mediterranean*, 8 ottobre 2020, disponibile all'indirizzo: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26361&LangID=E>.](https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286!vig=)

Si formula - in particolare - l'orientamento davvero significativo di questi tempi, che attiene alle operazioni di ricerca e soccorso in mare svolte dalle ONG¹⁵ o da altri attori non statali, inteso proprio a non consentire la criminalizzazione delle operazioni svolte conformemente al quadro normativo (nonché alla disciplina giuridica) applicabile: il riferimento, plausibilmente *rectius* opportunamente, afferisce alle disposizioni del diritto internazionale del mare (nonché ai principi di diritto internazionale consuetudinario), posto che, nel corso dell'esposizione di questo orientamento, si richiamano le pertinenti convenzioni marittime - United Nations Convention on the Law of the Sea, International Convention for the Safety of Life at Sea, International Convention on Maritime Search and Rescue - nonché talune risoluzioni del *Maritime Safety Committee* dell'International Maritime Organization.

Da registrare che, nella raccomandazione (UE) 2020/1365 della Commissione volta a sollecitare la cooperazione tra gli Stati membri (in modo particolare, ai fini dello scambio di determinate informazioni) riguardo alle operazioni di *Search and Rescue* effettuate da navi di proprietà privata o gestite da privati, il quinto *considerando* richiama gli orientamenti (sulla direttiva) sul favoreggiamento, sottolineando la necessità di «evitare di criminalizzare coloro che danno assistenza umanitaria alle persone in pericolo in mare»¹⁶.

3. La raccomandazione di politica generale

Si formula (per chiudere) una raccomandazione di politica generale diretta a li Stati membri: giovare della possibilità contemplata dalla direttiva, che consente di distinguere, dunque differenziare, i comportamenti mirati all'assistenza umanitaria da quelli (invece) volti a favorire l'ingresso o il transito irregolari. Tale possibilità, permette di dare contenuto-contenuti alla definizione di principio *attività umanitarie obbligatorie per legge (supra)*, superare quindi le difficoltà di valutare caso per caso i comportamenti mirati all'assistenza umanitaria considerando tutte le circostanze specifiche, e, al contempo, consente di non qualificare *rectius* configurare come reato questi comportamenti, le

¹⁵ Per una indagine sulla specifica «capacity of international maritime and human rights law instruments to apply also to SAR activities conducted by NGOs», v. G. BEVILACQUA, *Italy Versus NGOs: The Controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the Context of Migration at Sea*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 11 ss., p. 15 ss., specie p. 18 ss. (si tratta di uno dei contributi che figurano nel *Symposium: Search and Rescue: Balancing Humanitarian and Security Reasons*, proprio dell'*Italian Yearbook*, 2018, p. 3 ss.; ove di interesse, la registrazione video del *workshop* dal titolo *Under Pressure*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 18-19 novembre 2019, in occasione della presentazione del *Yearbook*, disponibile all'indirizzo: <https://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/69328/workshop-under-pressure>).

¹⁶ Cfr. la Raccomandazione (UE) 2020/1365 della Commissione, del 23 settembre 2020, in GUUE L 317 del 1° ottobre 2020, p. 23 ss.

condotte. Una significativa possibilità contemplata dalla direttiva (per quanto concerne il nostro Paese, circa tale possibilità, si potrebbe “prendere spunto” dalla giurisprudenza, alla luce di taluni orientamenti giurisprudenziali¹⁷: da menzionare - appare qui proprio confacente - una richiesta di archiviazione formulata dalla Procura di Palermo - accolta dal GIP - concernente due distinti eventi *Search and Rescue* portati a termine dall'imbarcazione *Golfo Azzurro* ONG *Proactiva Open Arms* sbarcata (poi) nel porto di Lampedusa, ritenuto - appunto da *Golfo Azzurro* - un *place of safety*¹⁸, difatti, nella motivazione, ovviamente della richiesta di archiviazione, figura una significativa rassegna giuridica, operata dal PM, che richiama (anche) talune disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare, della Convenzione internazionale sulla ricerca e soccorso in mare, che appare funzionale all'*apertura all'osservanza* degli obblighi discendenti dalle convenzioni internazionali...: si tende a mettere in luce, la portata della scriminante di cui all'art. 51, comma 1, del codice penale¹⁹; altresì da menzionare - però, con particolare risalto - l'emblematico, noto caso della capitana *Rackete*, che, secondo la dottrina penalistica, appare, “*esportabile*” «anche ai casi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (reato per il quale, si noti, *Rackete* risulta pure indagata). [...]»²⁰).

¹⁷ V. la casistica efficacemente richiamata da S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit. *supra*, nota 14, p. 9 ss., specie p. 12 ss.

¹⁸ Sul *place of safety*, v., anche, P. TURRINI, *Between a «GoBack!» and a Hard (to Find) Place (of Safety): On the Rules and Standards of Disembarkation of People Rescued at Sea*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 29 ss., specie p. 32 ss. (disponibile all'indirizzo: <http://www.sidisil.org/wp-content/uploads/2019/11/Turrini-IYIL-Vol-28-pp-29-46.pdf>).

¹⁹ Così (all'epoca), nella mia breve e mirata notazione (di commento), che figura, unitamente al testo della suddetta richiesta di archiviazione, nella seguente pag. (web) de *Giurisprudenza penale web*, 10/2018, disponibile all'indirizzo: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2018/10/01/una-breve-e-mirata-notazione-contra-la-criminalizzazione-delle-ong-una-rilevante-apertura-allosservanza-degli-obblighi-discendenti-dalle-convenzioni-internazionali/>.

²⁰ Sul caso *Rackete*, v., ancora S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit. *supra*, nota 14, più diffusamente pp. 16-17, che, *conclude* (la disamina), con una significativa constatazione sull'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p.: «oggi giorno l'applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso alle operazioni di *search and rescue* poste in essere alle ONG nel Mediterraneo gode altresì di un'ulteriore conferma dotata dell'autorevole sigillo nomofilattico della Corte di Cassazione», *ibidem*, specificatamente p. 17; da ultimo, v. taluni rilievi di L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, in *Riv. dir. int.*, 2020, p. 691 ss., specie p. 704 ss. Da menzionare (altresì: v., appunto, cit. *supra*, nota 14), il rammarico, circa tale posizione di indagata della capitana *Rackete*, manifestato da M. LAWLOR, UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders. Sulla sentenza della Cassazione penale, sez. III, 20 febbraio 2020, sul caso *Rackete*, v., la seguente pag. (web) della rubrica *Giurisprudenza di legittimità* de *Archivio Penale*, (1) 2020, che contiene (anche) la memoria difensiva per la capitana, di A. GAMBERINI e L. MARINO, disponibile all'indirizzo: [http://www.archivio penale.it/caso-sea-watch--cass-sez-iii-20-febbraio-2020-\(cc-19-dicembre-2020\)-con-commento-di](http://www.archivio penale.it/caso-sea-watch--cass-sez-iii-20-febbraio-2020-(cc-19-dicembre-2020)-con-commento-di)

4. Una *chiosa*...

Tuttavia, non sembra azzardato *chiosare* che l'*azione* della Commissione avrebbe potuto essere più incisiva nel formulare l'orientamento che attiene alle operazioni di ricerca e soccorso in mare svolte dalle ONG o da altri attori non statali, orientamento inteso proprio a non consentire la criminalizzazione delle operazioni svolte conformemente al «quadro normativo applicabile»: la formula di chiusura adottata, ossia la «criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce pertanto una violazione del diritto internazionale e di conseguenza *non è permessa dal diritto dell'UE*»²¹, appare piuttosto *debole*... avrebbe potuto esplicitare la conformità *rectius* la *corrispondenza* sul piano (del rispetto) del diritto e dei principi dell'UE (vale la pena di menzionare che la Commissione, nel corso della formulazione dell'orientamento, al punto 3. *Ambito di applicazione dell'articolo 1 della direttiva sul favoreggiamento*, ha richiamato un principio, sancito anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), secondo cui, in forza «del diritto internazionale del mare, gli Stati hanno l'obbligo di imporre ai comandanti delle navi battenti la loro bandiera, nella misura in cui possono farlo senza grave pericolo per la nave, l'equipaggio o i passeggeri, di prestare assistenza alle persone e alle imbarcazioni in pericolo in mare», un obbligo che - si badi bene - secondo la dottrina «è generale e si applica a tutte le imbarcazioni, in tutte le zone marine e con riferimento a qualsiasi persona», quindi, anche alle navi private delle ONG...²²; la dottrina precisa che tale obbligo, previsto all'art. 98, par. 1, dalla suddetta Convenzione, «è rivolto agli Stati, e riguarda i comandanti delle imbarcazioni solo indirettamente, nella misura in cui lo Stato porrà poi in essere una normativa nazionale che imponga al comandante delle navi che battono la sua bandiera l'obbligo di soccorso»²³.

Tuttavia, appare significativo notare che al *considerando* n. 14 del noto Regolamento (UE) n. 656/2014 concernente però disposizioni sulla sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia FRONTEX²⁴, si richiede, ai sensi del diritto

c-morselli-e-memoria-difensiva-di-a-gamberini-l-marino/contenuti/11126; da ultimo, v. M. STARITA, *Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione dell'illiceità penale*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, ottobre 2020, pp. 1-3, disponibile all'indirizzo: <http://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2020/10/ADiM-Blog-Ottobre-2020-Analisi-Opinioni-M.pdf>.

²¹ Corsivo aggiunto.

²² Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, p. 1 ss., specificatamente pp. 9-11.

²³ *Ibidem*, p. 11, in nota si menzionano gli artt. 489 e 1113 del codice della navigazione.

²⁴ Cfr. GUUE L 189 del 27 giugno 2014, p. 93 ss.

internazionale, proprio, agli Stati, di (far) rispettare l'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare, con riferimento, ovviamente, ai comandanti delle navi battenti la loro bandiera, inoltre, sembra confacente aggiungere, a titolo esemplificativo, che detto regolamento, prevede, al *considerando* n. 8, il rispetto, ovviamente da parte degli Stati membri, degli obblighi contemplati, tra gli altri strumenti internazionali ivi richiamati, dalla suddetta Convenzione e dalle Convenzioni internazionali per la salvaguardia della vita umana in mare e sulla ricerca e il salvataggio marittimo, nel corso delle operazioni di sorveglianza della frontiera marittima, nonché - quale completamento del *quadro normativo applicabile*, per riprendere la locuzione che figura nella formulazione dell'orientamento della Commissione (*supra*), oltreché rappresentare una sorta di "modello" di paragone - prevede, al *considerando* n. 10, il rispetto dei principi generali dell'Unione, nonché delle disposizioni dell'*acquis* in materia di asilo²⁵, specie la Direttiva 2013/32/UE sulle procedure comuni per il riconoscimento e la revoca dello *status* di protezione internazionale²⁶, per

²⁵ Sulla disciplina dell'asilo (in chiave ricostruttiva), v. la monografia di F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Caccuci, 2012, specie p. 133 ss.; altresì ID., *Asylum Law in the European Union*, London/New York, Routledge, 2015, specie p. 129 ss. Da nominare (ove di interesse), talune proposte di modifica in materia (ovviamente con riferimento al momento in cui si scrive), presentate di recente (v., altresì, le note successive): la proposta di regolamento *sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione]*, doc. COM(2020) 610 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss. (che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013... il noto regolamento denominato *Dublino [III]*); la proposta di regolamento che *introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817*, doc. COM(2020) 612 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss.; la proposta di regolamento *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, doc. COM(2020) 613 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss. (che abroga la direttiva 2001/55/CE... la nota direttiva denominata *protezione temporanea*); la proposta modificata di regolamento che *istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818*, doc. COM(2020) 614 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss.

²⁶ Cfr. GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 60 ss. Da menzionare, che, nella proposta di modifica nonché di abrogazione (*rectius* sostituzione) di tale direttiva con una proposta di regolamento che *stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE (la nota direttiva procedure)*, si ribadisce (però) al *considerando* n. 7 *l'ambito di applicazione...* cfr. doc. COM(2016) 467 final, del 13 luglio 2016, p. 22: «[...] a tutte le domande di protezione internazionale fatte nel territorio degli Stati membri, compreso alle frontiere esterne, nelle acque territoriali o nelle zone di transito, e alla revoca della protezione internazionale»; (ove di interesse) si ritiene, comunque, confacente "far presente" la successiva proposta *modificata* di regolamento che *stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, cfr. doc. COM(2020) 611 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss., specie p. 21 ss.: tale proposta modificata di regolamento, non ha apportato modifiche tantomeno abrogato detto *considerando* n. 7, tantomeno abrogato l'art. 2, par. 1 (della proposta di regolamento doc. COM(2016) 467

quanto concerne le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, anche alla frontiera, nelle acque territoriali²⁷ o nelle zone di transito degli Stati membri, al *considerando* n. 12, il rispetto del principio di non-respingimento definito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁸).

final, cit., *supra*), che prevede: «Il presente regolamento si applica a tutte le domande di protezione internazionale fatte nel territorio degli Stati membri, compreso alle frontiere esterne, nelle acque territoriali o nelle zone di transito, e alla revoca della protezione internazionale»; *per incidens*: tale proposta modificata di regolamento, si propone di apportare modifiche, però, mirate, (ovviamente contenute nel doc. COM del 2016, cit., *supra*), ad es., la procedura di asilo alla frontiera, v., il nuovo art. 41 del doc. COM(2020) 611 final, cit., *supra*, p. 14 ss.

²⁷ ...invero, nell'allegato del datato documento di lavoro della Commissione (correva l'anno 2007...), dal titolo *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea*, al punto 10 e al punto 11 della sez. 4.2.2. *Le contrôle et la surveillance dans la mer territoriale*, con riferimento al rispetto degli obblighi di protezione, si considerava...: «10. Quant aux obligations en matière de protection qui découlent pour les États côtiers du droit communautaire, il convient de se référer aux Articles 3 des Directives 2003/9/CE ("normes d'accueil") et 2005/85/CE ("procédures d'asile" [in GUUE L 326 del 13 dicembre 2005, p. 13 ss.]) ainsi que du Règlement 343/2003 ("Dublin II"). En effet, il ressort de ces dispositions que les instruments communautaires en matière d'asile s'appliquent aux demandes d'asile introduites à la frontière ou sur le territoire d'un État membre. *Il en résulte que le champ d'application du droit communautaire en matière d'asile s'étend également à la mer territoriale des États membres.* 11. *Dès lors, les États membres concernés sont obligés, en vertu de la Directive 2005/85/CE, de garantir aux personnes interceptées ou secourues dans leurs eaux territoriales qui expriment la volonté de demander l'asile un accès effectif à une procédure d'examen appropriée, c.-à-d. de leur accorder la possibilité de déposer une demande auprès des autorités compétentes dès leur débarquement*», cfr. doc. SEC(2007) 691, del 15 maggio 2007, p. 13 (corsivo aggiunto; disponibile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2007/EN/SEC-2007-691-1-EN-MAIN-PART-1.PDF>). Detto documento - sia consentito di aggiungere - rappresenta una sorta di "modello" *ulteriore* di paragone... (*per incidens*): peraltro, successivamente, nella proposta di *rifusione* della direttiva 2005/85/CE si esplicitava: «La proposta prevede una serie di garanzie dirette a migliorare l'accesso alle procedure d'asilo. In primo luogo, include esplicitamente nell'ambito di applicazione della direttiva le acque territoriali [...]», cfr. doc. COM(2009) 554 definitivo, del 21 ottobre 2009, p. 6, altresì, v. *ivi*, il *considerando* n. 19 e l'art. 3, par. 1, rispettivamente: pp. 14-15; p. 24).

²⁸ Cfr. GUUE C 202 del 7 giugno 2016, p. 389 ss.