

Sul “delitto di solidarietà” e i limiti
del diritto di asilo

di Roberta Greco

Docente a contratto di Diritto internazionale
Università LUMSA di Roma

Sul “delitto di solidarietà” e i limiti del diritto di asilo *

di Roberta Greco

Docente a contratto di Diritto internazionale
Università LUMSA di Roma

Sommario: **1.** Introduzione: la punibilità secondo il diritto internazionale delle condotte di coloro che aiutano taluno ad esercitare il diritto di asilo. **2.** Gli strumenti di diritto internazionale pattizio pertinenti. **2.1.** La portata dell’art. 31 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati. **2.2.** Il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria. **3.** Le disposizioni del diritto dell’Unione europea rilevanti. **4.** L’obbligo di prestare soccorso in mare. **5.** La prassi degli Stati in materia. **5.1.** Le disposizioni interne. **5.2.** La giurisprudenza interna. **6.** Gli strumenti di *soft law*: la risoluzione dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa. **7.** Conclusioni.

1. Introduzione: la punibilità secondo il diritto internazionale delle condotte di coloro che aiutano taluno ad esercitare il diritto di asilo

La “crisi migratoria” che ha investito l’Europa a partire dal 2014¹ ha posto le politiche di immigrazione e di asilo al centro dell’agenda europea². L’impressione che si trae dalle misure di recente adottate dall’Unione

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. B. NASCIMBENE, *Refugee, The European Union and the ‘Dublin System’. The reasons for a Crisis*, in *European Papers*, n. 1/2016, p. 101 ss.; E. GUILD – C. COSTELLO – M. GARLICK – V. MORENO-LAX, *The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, in *Centre for European Policy Studies (CEPS) Policy Brief*, n. 332/2015; G. GILBERT, *Why Europe Does not have a Refugee Crisis*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 4/2015, p. 531 ss.; G. MORGESE, *Recenti iniziative dell’Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 3-4/2015, p. 15 ss.

² V., *inter alia*: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulle migrazioni*, COM(2015)240 del 13 maggio 2015; Decisione del Consiglio (UE) 2015/1523 del 14 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di ricollocazione di crisi e modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, COM(2015) 450 final, 9 settembre 2015; Decisione del Consiglio (UE) 2015/1601 del 22 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese o terzo o da un apolide (rifusione) COM(2016)270 final, del 4 maggio 2016.

europea³ e da alcuni governi, europei⁴ ed extra-europei⁵, è quella di azioni volte prevalentemente al controllo del fenomeno migratorio ed alla riduzione dell'immigrazione irregolare⁶, piuttosto che alla tutela dei migranti e dei richiedenti asilo.

In un contesto di aspra contrapposizione politica, di crescenti movimenti anti-immigrazione, a volte persino di “criminalizzazione” dell'immigrazione irregolare⁷, anche la portata delle tutele connesse all'istituto dell'asilo rischia di essere gravemente ridotta⁸.

In particolare, la condanna delle condotte poste in essere da associazioni di volontari o da singoli individui che, mossi da sentimenti di solidarietà, svolgono attività di assistenza e di consulenza in favore dei richiedenti asilo è suscettibile di pregiudicare l'effettività del diritto di asilo, in quanto l'ingresso ed il soggiorno dei

³ V. Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, GUUE L 251/1, 16 settembre 2016, che istituisce una guardia di frontiera e costiera europea. Si veda altresì: Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un documento di viaggio europeo per il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, COM(2015)668 final, 15 dicembre 2015; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Piano d'azione dell'UE sul rimpatrio*, COM(2015) 453 final, 9 settembre 2015; Raccomandazione della Commissione del 1 ottobre 2015 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, C(2015) 6250 final, 1 ottobre 2015; UE-Turchia Joint Statement, 18 marzo 2016, in *Consiglio europeo Press Release 144/16*, 18 marzo 2016.

⁴ Si pensi ai muri eretti a far data dal 2014 tra la Bulgaria e la Turchia e dall'Ungheria al confine con la Serbia, nonché al referendum ungherese del 2 ottobre 2016, indetto per contrastare la decisione sulla ricollocazione dei richiedenti asilo tra i paesi dell'Unione europea.

⁵ V. gli *executive orders* dell'amministrazione Trump (nn. 13767 e 13768 del 05 gennaio 2017; n. 13769 del 27 gennaio 2017 e n. 13780 del 6 marzo 2017) in funzione anti-immigrazione ovvero la politica australiana di respingimenti in mare delle imbarcazioni che trasportano migranti irregolari. V. A. SCHLOENHARDT – C. CRAIG, *Turning Back the Boats: Australia's Interdiction of Irregular Migrants at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 4/2015, p. 536 ss.

⁶ V. A. DESMOND, *The Development of a Common EU Migration Policy and the Rights of Irregular Migrants: A Progress Narrative?*, in *Human Rights Law Review*, n. 2/2016, p. 247 ss.; S. PEERS, *The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment*, in *EU Law Analysis*, 2016.

⁷ V. R. CHOLEWINSKI, *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (a cura di), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum law and Policy*, Oxford, 2007, p. 301 ss.; J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe. A State-of-the-Art of Academic Literature and Research*, in *Centre for European Policy Studies (CEPS) Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 61/2013; J. ALLSOPP, *Solidarity, Smuggling and the European Refugee Crisis: Civil Society and its Discontents*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017.

⁸ Diverse perplessità sono state espresse rispetto alla tutela accordata ai richiedenti asilo dall' “accordo UE-Turchia”. V.: C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 2/2016, p. 405 ss.; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, in *European Papers*, n. 1/2016, p. 1 ss. Con riferimento alle carenze nel sistema di esecuzioni degli obblighi stabiliti dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 v. J. C. HATHAWAY, *A Global Solution to a Global Refugee Crisis*, in *European Papers*, n. 1/2016, pp. 93-99.

richiedenti asilo nel territorio dello Stato di rifugio trovano spesso un fondamentale supporto nell'azione svolta dalla società civile.

Recenti decisioni hanno riportato al centro del dibattito il cosiddetto “delitto di solidarietà”, volto a punire le condotte di coloro che, per scopi umanitari, prestano aiuto ai richiedenti asilo e ai migranti irregolari, assimilandole a quelle dei trafficanti di uomini o delle organizzazioni criminali volte a facilitare l'ingresso irregolare di migranti a scopo di lucro⁹. Gli attuali sviluppi del fenomeno migratorio ci inducono ad occuparci della punibilità della condotta di coloro i quali agevolano l'ingresso e/o il soggiorno irregolare di un richiedente asilo nella specifica prospettiva del diritto internazionale e dell'Unione europea.

A tal fine, una precisazione appare doverosa. La posizione del soggetto richiedente asilo è del tutto peculiare; essendo essa tesa ad ottenere lo *status* di rifugiato, e le tutele che ne conseguono, viene vantata da una moltitudine di soggetti, sebbene non tutti ne abbiano titolo. È solo l'accertamento ad opera di specifiche commissioni che consente di verificare se la posizione vantata dal migrante corrisponda effettivamente a quella di rifugiato. Ne consegue che il soggetto che aiuta in buona fede uno straniero, il quale si pretenda richiedente asilo, a fare ingresso o a soggiornare irregolarmente sul territorio statale, non può avere esatta contezza del reale *status* di colui che usufruisce dell'aiuto. Questa circostanza può aver influito sulla scelta operata da alcune autorità di inibire, in via generale, le condotte solidaristiche, assimilando l'aiuto fornito ai richiedenti asilo a quello prestato alle altre categorie di migranti irregolari.

Muovendo da tali premesse, il presente contributo mira a ricostruire, alla luce del diritto internazionale ed europeo, la portata ed i limiti del diritto di asilo, sotto il profilo della disciplina applicabile in materia di punibilità delle condotte di agevolazione all'ingresso e/o al soggiorno irregolare dei richiedenti asilo. A tale scopo, prenderà dapprima in considerazione le norme pattizie pertinenti, soffermandosi in particolar modo sulla portata applicativa dell'art. 31, comma 1, della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati¹⁰.

⁹V., ad esempio, il contadino francese, Cédric Herrou, accusato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare per aver aiutato alcuni migranti ad attraversare il confine tra l'Italia e la Francia (la notizia è stata riportata da numerosi organi di stampa, tra cui: <https://www.internazionale.it/notizie/2017/02/10/cedric-herrou-francia-migranti>) o la deputata svizzera del Gran consiglio del Canton Ticino, Lisa Bosia Mirra, condannata per violazione della Legge federale sugli stranieri per aver collaborato all'entrata irregolare in Svizzera di cittadini stranieri sprovvisti dei documenti necessari all'ingresso (la notizia è apparsa su vari organi di stampa, tra gli altri: http://milano.repubblica.it/cronaca/2017/04/13/news/immigrazione_svizzera_deputata_condannata-162885784/).

¹⁰ Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, Ginevra, 25 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954. Cfr. G. S. GOODWIN-GILL, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, in E. FELLER – V. TÜRK – F. NICHOLSON (a cura di), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global*

Quest'ultimo stabilisce il principio dell'“immunità dalla sanzione (penale)” in favore dei richiedenti asilo che fanno ingresso o soggiornano sul territorio di uno Stato senza autorizzazione. Mentre la scriminante in parola opera in favore dei richiedenti asilo irregolarmente presenti in uno dei numerosi paesi parte della Convenzione di Ginevra, la questione della punibilità dell'aiuto loro prestato da parte di soggetti privati resta aperta. Si vuole verificare se, e in quale misura, tale scriminante si estenda anche a coloro i quali li assistono nell'entrare o soggiornare irregolarmente nel territorio di uno Stato di rifugio al fine di richiedere ed eventualmente ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Successivamente, l'elaborato esaminerà le fonti del diritto dell'Unione europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare – e segnatamente la direttiva 2002/90/CE sulla definizione di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegale¹¹ e la decisione 2002/946/GAI sul rafforzamento del quadro penale in materia di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegale¹²– per valutare se esse trovino applicazione rispetto alle condotte solidaristiche di agevolazione dell'ingresso e del soggiorno dei richiedenti asilo.

Un cenno alle norme di diritto internazionale e dell'Unione europea applicabili all'immigrazione via mare sarà oggetto del paragrafo quarto nella misura in cui esse siano rilevanti al fine di valutare la punibilità delle condotte di aiuto prestato ai richiedenti asilo in situazioni di pericolo in mare.

Infine, il presente contributo guarderà alla prassi di alcuni Stati che vietano di punire l'aiuto altruistico fornito all'ingresso e al soggiorno irregolare dei richiedenti asilo, al fine di trarne ulteriori spunti di valutazione.

Dal quadro di insieme delle norme pattizie pertinenti, della disciplina dell'Unione europea e della prassi degli Stati, si cercherà di tirare alcune conclusioni riguardo al disvalore penale da ravvisare nella condotta di colui che, per solidarietà e senza scopo di lucro, aiuta taluno ad entrare e/o a soggiornare in uno Stato al fine di vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato.

Consultations on International Protection, Cambridge, 2003; A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, ristampato dall'UNHCR, Geneva, 1997, disponibile su: <http://www.unhcr.org/3d4ab5fb9.pdf>.

¹¹ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GUUE, L-328/17-18, 5.12.2002.

¹² Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e de soggiorno illegali, in GUUE, L 328/1-3, 5.12.2002.

2. Gli strumenti di diritto internazionale pattizio pertinenti

2.1. La portata dell'articolo 31 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati

La Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951, all'art. 31, comma 1, vieta agli Stati parti, tra i quali l'Italia, di applicare sanzioni penali nei confronti dei richiedenti asilo a motivo del loro ingresso o soggiorno irregolare. Ciò per la evidente ragione che una persona in fuga dal proprio Paese è raramente in grado di soddisfare i requisiti per l'ingresso regolare nel paese di rifugio, quali il possesso di un passaporto e di un visto¹³.

Nessun riferimento viene invece fatto dalla disposizione in esame alla condotta di coloro i quali aiutino i richiedenti asilo ad entrare o a permanere irregolarmente sul territorio di uno Stato diverso da quello di residenza o di cittadinanza, in vista della presentazione della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato.

I lavori preparatori della Convenzione mostrano come tale problema fosse emerso in seno alla Conferenza dei plenipotenziari incaricata di redigerne il testo. In particolare, la questione se l'assistenza ai rifugiati al fine di agevolare l'ingresso irregolare nel territorio nazionale dovesse essere espressamente esclusa dall'imposizione di sanzioni penali era stata sollevata dalla Svizzera e considerata dal Comitato *ad hoc* sui rifugiati e gli apolidi, cui spettava di redigere una bozza di Convenzione, poi sottoposta alla Conferenza dei plenipotenziari sullo *status* di rifugiato e di apolide riunitasi a Ginevra nel luglio del 1951.

L'osservatore svizzero rappresentava che secondo l'art. 23, comma 2, dello *Swiss Aliens Act* del 26 marzo 1931, come successivamente modificato, non solo l'entrata di un rifugiato non era considerata illegale, ma anche: "Hilfe hierzu ist ebenfalls straflos soweit sie aus achtenswerten Beweggründen geleistet wird" ("non è sanzionabile l'aiuto prestato per motivi rispettabili"). Aggiungeva il delegato che tale disposizione era importante in relazione alla condotta di alcune organizzazioni di volontari che assistevano i rifugiati¹⁴.

Il Comitato riconobbe "that in some countries freedom from penalties on account of illegal entry is also extended to those who give assistance to such refugees for honourable reasons", ma ritenne di non includere nella Convenzione una disposizione sulla falsariga di quella dello Stato elvetico¹⁵.

Ad ogni modo, i plenipotenziari concordarono sul fatto che occorresse dare opportuno riscontro delle considerazioni dell'osservatore nei registri ufficiali della riunione. Inoltre, numerosi delegati, tra i quali quello

¹³ Cfr. P. WEIS, *The Refugee Convention 1951: Travaux Préparatoires*, Cambridge, 1995, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.unhcr.org/4ca34be29.html>. Si veda, in particolare, *Article 31, paragraph 2*.

¹⁴ A. GRAHL-MADSEN, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, cit., p. 100.

¹⁵ P. WEIS, *The Refugee Convention 1951*, cit., p. 214.

statunitense e quello francese, espressero l’augurio che altri Stati prendessero la disposizione svizzera quale modello di riferimento.

La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT) stabilisce che i lavori preparatori costituiscono un mezzo complementare di interpretazione dei trattati, utile al fine di confermare o di chiarire il senso delle disposizioni pattizie¹⁶. Queste ultime vanno, in primo luogo, interpretate seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini, nel loro contesto e alla luce del loro *oggetto* e del loro *scopo*¹⁷.

Ai nostri fini occorre chiarire che l’oggetto del trattato ne descrive il contenuto sostanziale, mentre lo scopo si riferisce al risultato che le parti intendevano conseguire con la sua adozione¹⁸.

I termini “oggetto e scopo” richiamano il metodo di interpretazione teleologica del trattato e consentono di legare l’attività interpretativa al principio di effettività, così da evitare che parti del trattato finiscano per risultare superflue o che ne sia affievolita l’efficacia¹⁹.

Con riferimento all’oggetto della Convenzione di Ginevra, essa si occupa, in particolare, di prevedere un catalogo di diritti e libertà fondamentali a tutela dei rifugiati. Quanto al suo scopo, dal preambolo della Convenzione si desume che le parti contraenti abbiano inteso riconoscere ai rifugiati alcune garanzie minime che consentissero loro di godere di quei diritti e libertà fondamentali²⁰ e, altresì, istituire forme di cooperazione tra gli Stati “in order adequately to deal with the humanitarian problem”²¹.

Leggendo l’art. 31, comma 1, della Convenzione di Ginevra alla luce del suo oggetto e del suo scopo è ragionevole ritenere che l’efficacia del trattato risulterebbe quantomeno affievolita laddove le condotte di aiuto all’ingresso e/o al soggiorno dei richiedenti asilo fossero punite. La sanzione penale costituirebbe un forte deterrente rispetto a tali condotte e, di conseguenza, sarebbe ben più difficile per i richiedenti asilo fare ingresso e soggiornare nel territorio dello Stato di rifugio. In definitiva, si contribuirebbe ad impedire al richiedente asilo di presentare la domanda volta ad ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato e con esso il godimento di alcuni diritti e libertà fondamentali. Una lettura teleologicamente orientata della norma in esame, dunque, non dovrebbe giustificare la punibilità del concorso nello svolgimento di un’azione ritenuta lecita dalla stessa norma pattizia.

¹⁶ Convenzione sul diritto dei trattati (CVDT), Vienna, 23 maggio 1969, art. 32.

¹⁷ *Ibidem*, art. 31, comma 1.

¹⁸ O. DÖRR – K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, 2018, p. 584, § 52.

¹⁹ *Ibidem*, p. 584, § 52.

²⁰ J. MCADAM, *Interpretation*, in A. ZIMMERMANN – J. DÖRSCHNER – F. MACHTS (a cura di), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 91-92.

²¹ M. Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge from Deprivation*, Cambridge 2013, p. 44.

In aggiunta ai metodi di interpretazione elencati dall'art. 31 CVDT, sussistono altri mezzi di interpretazione dei trattati, tra i quali ampio ricorso è stato fatto al principio del c.d. effetto utile della norma²². Secondo tale principio, una disposizione pattizia deve essere interpretata in maniera tale che essa possa avere efficacia e non sia privata di senso e svuotata di ogni effetto.

Nel caso in esame, l'art. 31, comma 1, della Convenzione di Ginevra mira a garantire alla persona che si trovi fuori dallo Stato di cui possiede la cittadinanza e non possa farvi ritorno per “giustificato timore d’essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche”²³ l’ingresso in un altro Stato, esonerando la stessa dal dovere di procurarsi preventivamente i documenti di viaggio e i visti altrimenti richiesti.

Ebbene, un soggetto in fuga per timore di essere perseguitato, sprovvisto dei suddetti documenti, sarà con buona probabilità sprovvisto altresì dei mezzi e delle conoscenze necessarie per entrare e soggiornare nel Paese di rifugio. Senza la solidarietà delle persone che ne facilitino, in un primo momento, l’ingresso e il soggiorno irregolare, il richiedente asilo sarebbe difficilmente nella condizione di esercitare il diritto di ingresso per vedersi riconoscere lo *status* di rifugiato.

Se tale lettura è corretta, ne consegue che punire la condotta di colui che aiuta il richiedente asilo a fare ingresso e/o a soggiornare in un altro Paese equivale a privare la norma in esame del suo *effet utile*.

Occorre, infine, dare atto del fatto che l’art. 31 della Convenzione di Ginevra condiziona la non punibilità dei richiedenti asilo alle circostanze che i rifugiati “present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence”.

Si ritiene che tali condizioni non possano estendersi nei confronti di coloro che favoriscono l’ingresso o il soggiorno irregolare dei rifugiati, poiché, chi presta aiuto non può sapere con certezza se i richiedenti asilo si siano presentati o abbiano intenzione di presentarsi senza ritardo alle autorità e neppure se essi abbiano, o abbiano avuto, ragioni valide per entrare o soggiornare irregolarmente. Nel dubbio, ad avviso di chi scrive, la scriminante dovrebbe applicarsi a colui che presta assistenza al fine di evitare che il timore di una sanzione

²² Cfr. Corte internazionale di Giustizia, *Anglo-Iranian Oil Company (United Kingdom v. Iran)*, 22 luglio 1952, p. 105; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, 4 dicembre 1998, § 52; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, 1 aprile 2011, §§ 133-134; Organizzazione mondiale del commercio, Rapporto del Panel, *Chile–Price Band System and Safeguard Measures relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/R, 3 maggio 2002, § 7.71. O. DÖRR – K. SCHMALENBACH (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, 2018, p. 578, § 34.

²³ Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, cit., art. 1.A. 1.

penale possa inibire azioni di solidarietà e ripercuotersi negativamente sulla tutela dei diritti dei richiedenti asilo.

In definitiva, avendo riguardo all'oggetto e allo scopo del trattato, al principio di effettività delle norme e ai lavori preparatori della Convenzione di Ginevra, appare ragionevole ritenere che la norma in esame debba essere interpretata nel senso di scriminare non solo la condotta dei richiedenti asilo che entrano e/o soggiornano irregolarmente nello Stato di rifugio, ma altresì quella di quanti ne agevolino l'ingresso e/o il soggiorno irregolare quanto meno quando ciò avvenga per finalità genuinamente solidaristiche, in linea con lo spirito di protezione dei rifugiati proprio della Convenzione di Ginevra.

2.2. Il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria

Il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria è stato redatto con l'intento di prevenire e combattere il favoreggiamento, a scopo di lucro, dell'ingresso irregolare di individui, senza tuttavia pregiudicare gli obblighi internazionalmente assunti in forza della Convenzione di Ginevra del 1951²⁴. Dispone, infatti, l'art. 19, comma 1, del Protocollo che nessuna disposizione del medesimo è volta a pregiudicare i diritti e gli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti dell'uomo, e, in modo particolare “the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein”.

Il Protocollo si applica ai casi in cui il traffico di persone sia il frutto di un accordo tra il migrante (a prescindere dalla qualifica di rifugiato) e il trafficante in virtù del quale quest'ultimo si impegna a procurare al primo l'entrata irregolare nel territorio di uno Stato dietro pagamento di un compenso pecuniario o di altro beneficio materiale.

L'articolo 3(a) del Protocollo in argomento definisce la nozione di “traffico di migranti” come:

“the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, *a financial or other material benefit*, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident” (corsivo aggiunto).

²⁴ Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, UN Doc. A/55/383, Allegato III.

L'elemento del vantaggio economico o altro beneficio materiale concorre ad integrare la fattispecie di reato. Come chiarito nelle note interpretative alla Convenzione e ai Protocolli, il riferimento a:

“‘a financial or other material benefit’ as an element to the definition in subparagraph (a) was included in order to emphasize that the intention was (...) to *exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons*” (corsivo aggiunto)²⁵.

Inoltre, l'art. 6, comma 1, del Protocollo richiede agli Stati membri l'adozione di sanzioni penali contro coloro i quali commettono il reato di traffico di migranti, o ne agevolano la commissione, “intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit”.

L'importanza della clausola relativa al “vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale”, quale elemento necessario ad integrare il reato, emerge anche dai lavori preparatori dell'art. 6 del Protocollo:

“[t]he reference to ‘a financial or other material benefit’ as an element of the offences set forth in paragraph 1 was included in order to emphasize that the intention was to include the activities of organized criminal groups acting for profit, but to *exclude the activities of those who provided support to migrants for humanitarian reasons or on the basis of close family ties*” (corsivo aggiunto)²⁶.

Del resto, anche l'art. 2(a) della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, cui il Protocollo citato accede, nel definire la nozione di “organized criminal group” si riferisce ad un gruppo che agisce al fine di ottenere “directly or indirectly, *a financial or other material benefit*” (corsivo aggiunto)²⁷.

Da quanto premesso emerge che la distinzione tra azioni effettuate per conseguire un profitto e condotte altruistiche volte ad aiutare i migranti senza conseguirne un guadagno è essenziale al fine di ravvisare o meno la sussistenza di una fattispecie di reato²⁸.

Pertanto, l'assistenza fornita a scopi umanitari ai richiedenti asilo, che qui specificamente interessa, non costituisce reato punibile ai sensi delle norme pattizie richiamate per l'assenza dell'elemento del “vantaggio economico o materiale” che rende la condotta punibile.

Se le disposizioni in argomento mirano ad escludere l'aiuto umanitario dall'ambito di applicazione delle norme che puniscono i reati di traffico di migranti per via dell'assenza del vantaggio economico o materiale,

²⁵ United Nations General Assembly, *Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, UN Doc. A/55/383/Add. 1, 3 Novembre 2000, § 88.

²⁶ *Ibidem*, § 92.

²⁷ Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, 15 dicembre 2000, UN Doc. A/55/383, Allegato I.

²⁸ V. al riguardo T. BASARAN, *Saving Lives at sea: security, law and Adverse Effects*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, pp. 381-382.

deve ritenersi, a *fortiori*, che non sia connotata da disvalore penale l'assistenza fornita ai richiedenti asilo i quali, entrando o soggiornando nel Paese di rifugio, non commettono alcun reato, ma al contrario esercitano un proprio diritto.

3. Le disposizioni del diritto dell'Unione europea rilevanti

La condotta di coloro i quali forniscono ai richiedenti asilo assistenza all'ingresso e al transito nel territorio dei Paesi membri dell'Unione, senza scopo di lucro, non è chiaramente scriminata dalle norme pertinenti del diritto dell'Unione europea²⁹.

In materia vigono due strumenti volti ad armonizzare la legislazione sulla repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno irregolari, e segnatamente: la direttiva 2002/90/CE sulla definizione di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegale³⁰ e la decisione 2002/946/GAI sul rafforzamento del quadro penale in materia di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegale³¹. Tali strumenti, noti come "Facilitators Package", non si riferiscono specificamente ai richiedenti asilo, ma più in generale, ai cittadini di Stati terzi irregolarmente presenti sul territorio di uno degli Stati membri dell'Unione europea. Occorre verificare in che termini essi trovano applicazione con specifico riguardo alle condotte di aiuto all'ingresso e al soggiorno dei richiedenti asilo.

L'art. 1 della direttiva impone a ciascuno Stato membro l'adozione di sanzioni appropriate avverso coloro i quali favoriscono l'immigrazione irregolare. La disposizione normativa distingue, all'interno della fattispecie di favoreggiamento, le condotte volte a consentire l'ingresso o il transito irregolare di individui provenienti da Stati terzi, da quelle indirizzate a favorire il loro soggiorno irregolare in uno Stato membro.

Con riferimento al soggiorno, al pari di quanto stabilito dal Protocollo di Palermo sul traffico illecito di migranti, l'aiuto è punito solo se fornito a scopo di lucro. Anche in questo caso, l'elemento del vantaggio materiale serve ad integrare la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Pertanto, le condotte altruistiche volte ad aiutare i migranti a soggiornare nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea non sono comprese tra le fattispecie di favoreggiamento punibili.

²⁹ A. DESMOND, *The Development of a Common EU Migration Policy and the Rights of Irregular Migrants: A Progress Narrative?*, cit., p. 253.

³⁰ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GUUE, L-328/17-18, 5.12.2002.

³¹ Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e de soggiorno illegali, in GUUE, L 328/1-3, 5.12.2002.

Con riguardo all'ingresso o al transito di migranti irregolari, la disposizione, invece, non esclude la punibilità di coloro i quali abbiano prestato aiuto senza ricercare alcun vantaggio materiale, ma lascia agli Stati la facoltà di *non* sanzionare tali soggetti nel caso in cui i loro comportamenti abbiano avuto “lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata”³².

La ragione per la quale lo scopo di lucro serve ad integrare la sola fattispecie di favoreggiamento del *soggiorno* irregolare di migranti e non anche quelle di favoreggiamento all'*ingresso* o al *transito* irregolare può essere rinvenuta nella maggiore difficoltà di tracciare i pagamenti effettuati dai migranti ai trafficanti di uomini, quando essi avvengono negli Stati terzi di origine o di transito. In altre parole, il timore che gli ostacoli connessi alla tracciabilità dei flussi finanziari relativi al traffico dei migranti potessero intralciare le indagini e il perseguimento di tali reati, ha indotto ad escludere lo scopo di lucro dagli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento all'ingresso e al transito dei migranti. Al contrario, nel caso del soggiorno irregolare, essendo più semplice rinvenire i pagamenti – poiché essi hanno luogo, almeno in parte, nel territorio dell'Unione europea³³ – lo scopo di lucro è stato previsto come elemento costitutivo della fattispecie di reato.

L'eccezione umanitaria, che esenta da ogni forma di responsabilità penale quanti prestano assistenza altruistica ai migranti nel soggiornare irregolarmente all'interno dell'Unione europea, ha trovato applicazione negli Stati membri³⁴.

Al contrario, solo una minoranza degli Stati dell'UE si è avvalsa della facoltà di non punire le condotte di favoreggiamento all'entrata o al transito nel territorio dell'Unione, ove poste in essere per ragioni umanitarie. Tra essi: Belgio, Grecia, Spagna, Finlandia, Italia, Malta e Regno Unito e Germania³⁵. Nella maggior parte

³² Direttiva 2002/90/CE, cit., art. 1, comma 2: “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”.

³³ Cfr. European Commission, Commission Staff Working Document, 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), Brussels, 22.3.2017 SWD(2017) 117 final, pp. 8-9.

³⁴ Cfr. *l'Ad-Hoc Query on exemption from sanctions within the context of offence of solidarity*, richiesto dal National Contact Point francese dello *European Migration Network*, prodotto il 20 dicembre 2012, disponibile *online* all'indirizzo: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/eu-acquis/423_emn_ad-hoc_query_on_exemption_from_sanctions_within_widerd_en.pdf.

³⁵ *Ibidem*, p. 15.

degli Stati membri dette condotte non beneficiano di una particolare protezione e, a determinate condizioni, vengono qualificate come favoreggiamento dell'immigrazione irregolare³⁶.

La libertà lasciata agli Stati in materia dalla direttiva 2002/90/EC è stata oggetto di critiche da parte della dottrina³⁷, della società civile e della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento europeo³⁸. Si sostiene, tra l'altro, che l'eccezione umanitaria dovrebbe vigere tanto per il soggiorno, quanto per l'ingresso e il transito, poiché, nel dare attuazione agli obblighi derivanti dalle fonti secondarie del diritto dell'Unione europea, gli Stati membri sono vincolati anche al rispetto dei diritti e delle libertà sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁹, la quale protegge la dignità umana (art. 1), il diritto alla vita (art. 2), nonché il diritto di asilo (art. 18). Ne conseguirebbe che perseguire penalmente coloro i quali aiutano un migrante a godere di tali diritti e libertà costituirebbe una violazione della Carta⁴⁰.

A nostro avviso, occorre sottolineare che la direttiva sulla definizione di favoreggiamento rende facoltativa la penalizzazione dell'aiuto all'ingresso o al transito dei migranti irregolari ove esso sia fornito per prestare assistenza umanitaria⁴¹, ossia sostegno alle persone che fuggono da una catastrofe umanitaria o naturale⁴².

La norma non si riferisce espressamente all'aiuto prestato ai richiedenti asilo. La direttiva, inoltre, si pone l'obiettivo di rendere "più efficace l'applicazione della decisione quadro 2002/946/GAI". Quest'ultima stabilisce che:

³⁶ V. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them - Annex (EU Member States' legislation on irregular entry and stay, as well as facilitation of irregular entry and stay)*, disponibile su: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>.

³⁷ Cfr. S. PEERS, *EU justice and home affairs law. EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2016, pp. 477-478; M. CARTA, *La disciplina del traffico dei migranti: prospettive di riforma nel Sistema UE*, in *Federalismi.it*, n. 22/2016, pp. 13- 14.

³⁸ S. CARRERA – E. GUILD – A. ALIVERTI – J. ALLSOPP – M. G. MANIERI – M. LEVOY, *Fit for purpose? The facilitation Directive and the criminalization of humanitarian assistance to irregular migrants*, 2016, p. 64. Studio commissionato dal Dipartimento per i diritti dei cittadini e gli affari costituzionali, su richiesta del Commissione LIBE, disponibile su: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536490/IPOL_STU\(2016\)536490_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536490/IPOL_STU(2016)536490_EN.pdf)

³⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, versione consolidata, GUCE C 326 del 26 ottobre 2012.

⁴⁰ Del resto, alle medesime conclusioni è pervenuta anche la Commissione europea nel documento *REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package*, cit., p. 35.

⁴¹ Per "assistenza umanitaria" si intendono una serie di attività volte a fornire beni e servizi essenziali per la sopravvivenza di coloro i quali sono colpiti da catastrofi umanitarie o naturali. Cfr. H. SPIEKER, *Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation*, in W. RÜDIGER (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2013.

⁴² La nozione di assistenza umanitaria viene infatti utilizzata sia nel quadro di conflitti armati, sia in caso di calamità naturali. Cfr. B. VUKAS, *Humanitarian Assistance in Cases of Emergency*, in W. RÜDIGER (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2013.

“[l]’applicazione della presente decisione quadro non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell’uomo, e in particolare l’osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della convenzione del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, modificata dal protocollo di New York del 1967”⁴³.

La lettura dell’art. 31, comma 1, della Convenzione di Ginevra da noi suggerita – secondo cui occorre estendere la scriminante prevista in favore dei richiedenti asilo a motivo del loro ingresso o soggiorno irregolare a quanti prestano loro aiuto –, consentirebbe di ricostruire l’art. 1 della direttiva 2002/90/CE nel senso di escludere il reato di favoreggiamento all’ingresso e al soggiorno dei rifugiati e richiedenti asilo a carico di quanti prestassero loro assistenza altruistica.

In definitiva, la lettura combinata delle disposizioni della direttiva e della decisione quadro in esame dovrebbe condurre alla conclusione di non ritenere configurabile un “reato di assistenza all’ingresso e al soggiorno di rifugiati e richiedenti asilo”, la cui protezione non può essere pregiudicata.

L’assistenza altruistica fornita ai rifugiati non può essere ricondotta neppure al reato di tratta degli esseri umani, altro ambito in cui si esplica l’azione dell’Unione⁴⁴. La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani⁴⁵ impone agli Stati membri l’adozione di misure necessarie a punire le condotte di reclutamento, trasporto, trasferimento, alloggio o accoglienza di persone “con la minaccia dell’uso o con l’uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l’inganno, l’abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l’offerta o l’accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un’altra, a fini di sfruttamento”⁴⁶. L’aiuto altruistico all’ingresso o al soggiorno dei richiedenti asilo non ricade certo in questa fattispecie di reato.

In conclusione, nessuna disposizione dell’Unione condanna chiaramente – a titolo di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare e tantomeno a titolo di traffico di esseri umani – colui che presta aiuto ai richiedenti asilo, senza volerne ottenere una contropartita, al fine di soggiornare, transitare o entrare nel territorio dell’Unione europea.

⁴³ Decisione Quadro 2002/946/GAI, cit., art. 6.

⁴⁴ V. Strategia dell’UE per l’eradicazione della tratta degli esseri umani 2012-2016, COM(2012)286, 19 giugno 2012.

⁴⁵ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, sostitutiva della decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE, L-308/1-11, 15.4.2011.

⁴⁶ *Ibidem*, art. 2.

4. L'obbligo di prestare soccorso in mare

L'obbligo di fornire assistenza a coloro che sono in pericolo in mare, a prescindere dalla nazionalità, dallo *status* e da ogni altra circostanza, è posto da una norma consuetudinaria⁴⁷.

Tale obbligo è altresì previsto a livello pattizio da numerose disposizioni, e segnatamente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (c.d. Convenzione “UNCLOS”)⁴⁸; dalla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (c.d. Convenzione “SOLAS”)⁴⁹; dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (c.d. Convenzione “SAR”)⁵⁰; e dalla Convenzione internazionale sul salvataggio⁵¹.

L'art. 98, comma 1, della Convenzione UNCLOS stabilisce che:

“[e]very State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers: (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; (c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call”.

La regola 33.1 della Convenzione SOLAS richiede che:

“[the] master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. The obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found”.

Inoltre, la regola 34.1 della stessa Convenzione conferisce ampio potere al comandante della nave di assumere le decisioni che a proprio avviso si rendono necessarie per salvaguardare la sicurezza della vita in mare e ciò senza interferenze da parte del proprietario o del noleggiatore della nave ovvero della compagnia di navigazione.

⁴⁷ Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017, pp. 8-9; T. SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. RUBIO-MARIN (a cura di), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 225.

⁴⁸ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, Montego Bay, 10 dicembre 1982.

⁴⁹ Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare, Londra, 1° novembre 1974.

⁵⁰ Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, Amburgo, 27 aprile 1979.

⁵¹ Convenzione internazionale sul salvataggio, Londra, 28 aprile 1989.

L'art. 10 della Convenzione sul salvataggio prevede che:

“every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereof, to render assistance to any person in danger of being lost at sea”.

Il Capitolo 2.1.10 dell'allegato alla Convenzione SAR obbliga gli Stati Parti nei seguenti termini:

“parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found”.

Quanto al diritto dell'Unione europea, l'art. 9, comma 1, del Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio⁵² impone l'obbligo, in capo agli Stati membri, di:

“prestare assistenza a qualunque natante o persona in pericolo in mare e durante un'operazione marittima assicurano che le rispettive unità partecipanti si attengano a tale obbligo, conformemente al diritto internazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali, indipendentemente dalla cittadinanza o dalla situazione giuridica dell'interessato o dalle circostanze in cui si trova”.

Con specifico riguardo al soccorso prestato in mare ai migranti irregolari al fine di consentire loro di fare ingresso o transitare sul territorio di uno Stato membro, il Parlamento europeo ha criticato la discrezionalità lasciata agli Stati membri nel decidere se sanzionare o meno tali condotte e ha invitato:

“la Commissione a rivedere la direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a definire le sanzioni in caso di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, al fine di *chiarire che la prestazione di assistenza umanitaria ai migranti che si trovano in pericolo in mare va considerata positivamente e non costituisce in alcun modo un'azione sanzionabile*”⁵³.

La dottrina si è interrogata sull'esatto contenuto dell'obbligo di prestare assistenza in mare – obbligo che grava non solo sugli Stati, ma altresì sulle persone fisiche, quali il comandante della nave⁵⁴ – e sull'esistenza di un corrispondente diritto ad essere soccorsi in mare⁵⁵.

⁵² Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15.5.2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sui flussi migratori nel Mediterraneo, con particolare attenzione ai tragici eventi di Lampedusa (2013/2827/(RSP)), § 26.

⁵⁴ Cfr. K. NOUSSIA, *The Rescue of Migrants and Refugees at Sea: Legal Rights and Obligations*, in *Ocean Yearbook*, n. 1/2017, pp. 155- 170.

⁵⁵ V. A. CALIGIURI, I. PAPANICOLOPULU, *The latest (and hopefully last) boat tragedy. Is there a right to be rescued at sea?*, in *QIL*, n. 4/2014; E. D. PAPASTAVRIDIS, *Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view*, in *QIL*, n. 4/2014, pp. 17-32; S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *QIL*, n.4/2014, pp. 3-15.

A prescindere dalle posizioni dottrinarie, la sussistenza di un obbligo di prestare soccorso alle persone che si trovano in situazioni di pericolo in mare induce a ritenere che non si possa configurare un reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare laddove tale aiuto venga effettivamente prestato.

La questione è di particolare rilievo alla luce delle dibattute operazioni di salvataggio in mare condotte dalle organizzazioni non governative (ONG)⁵⁶. Lo straordinario contributo fornito dalle ONG ha destato preoccupazioni in quella parte della politica impegnata a contrastare il fenomeno migratorio. La tematica è complessa e presenta vari risvolti (si pensi, tra gli altri, alla problematica dello sbarco delle persone soccorse, ai codici di condotta delle ONG e alla questione della c.d. esternalizzazione delle frontiere) che esulano dall'oggetto del presente contributo e implicherebbero ben più ampie riflessioni⁵⁷.

In questo contesto appare sufficiente ricordare che l'assistenza umanitaria prestata a coloro che si trovano in situazioni di *distress* in mare non costituisce altro che l'adempimento di un obbligo internazionale.

5. La prassi degli Stati in materia

L'analisi che segue illustra come in alcuni ordinamenti la condotta di colui che aiuta, per scopi umanitari, taluno ad entrare e/o soggiornare illegalmente nel territorio di uno Stato diverso da quello di cittadinanza è scriminata. Un esame completo della prassi e dell'*opinio juris* degli Stati in materia esula dai limiti del presente lavoro.

Negli ordinamenti esaminati sono di rado previste norme *ad hoc* relative all'aiuto altruistico all'ingresso e al soggiorno irregolare di richiedenti asilo. Più spesso le norme dettano tale esimente in relazione alle condotte che agevolano uno spettro più ampio di migranti, tra cui i richiedenti protezione internazionale. Esse troveranno applicazione anche rispetto all'aiuto prestato ai richiedenti asilo. Ne deriva che l'analisi che segue

⁵⁶ Si pensi, da ultimo, al sequestro preventivo della nave spagnola ProActiva Open Arms ordinato dalla Procura di Catania nell'ambito di un'inchiesta per associazione a delinquere e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. La nave, che a seguito di un salvataggio in mare di 218 migranti si era rifiutata di consegnarli alla Guardia costiera libica, è stata poi dissequestrata dal GIP di Ragusa nel mese di aprile 2018. Si ricordi, altresì, il caso della motonave olandese IUVENTA, di proprietà dell'ONG Jugend Rettet, anch'essa raggiunta da un decreto di sequestro preventivo per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (*ex art. 12, c. 3, lett. a) e d), e 3-bis, del d.lgs. n. 286/1998*), emesso in data 2 agosto 2017 dal G.I.P. presso il Tribunale di Trapani e confermato dal Tribunale del riesame, disponibile online su: http://www.questionegiustizia.it/doc/decreto_sequestro_preventivo_iuventa.pdf.

⁵⁷ V. P. DE SENA – F. DE VITTOR, *La 'minaccia' italiana di 'bloccare' gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, 2017; F. FERRI, *Il Codice di Condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, pp. 189-197; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2018, pp. 5-27.

della prassi degli Stati non sarà limitata ai soli casi di aiuto all'ingresso o al soggiorno irregolare di richiedenti asilo, ma si estenderà anche alle ipotesi di aiuto fornito ai migranti irregolari.

Inoltre, come accennato in precedenza, colui che presta aiuto al richiedente asilo, o presunto tale, agisce spesso nell'ignoranza del suo reale *status*, che deve essere accertato dalle autorità preposte. L'eventuale esito negativo dell'accertamento non può incidere negativamente sulla qualificazione penale della condotta di aiuto prestato in buona fede e senza scopo di lucro.

5.1. Le disposizioni interne

In Finlandia, l'*Alien Act* dispone che:

“The authorities who imposed a financial penalty on a carrier shall revoke the penalty if:

- 1) the alien may stay in the country on the grounds that he or she is issued with a residence permit on the basis of refugee status, subsidiary (protection), humanitarian (protection) or temporary protection; or
- 2) the carrier is sentenced for facilitation of illegal entry under Chapter 17, section 8 of the Penal Code or for aggravated facilitation of illegal entry under Chapter 17, section 8a of the Penal Code (323/2009)”⁵⁸ (corsivo aggiunto).

La disposizione del Codice penale finlandese – Chapter 17, section 8 – richiamata dalla legge sull'immigrazione stabilisce, con riferimento alle condotte di favoreggiamento dell'ingresso illegale (*Facilitation of illegal entry*), che:

“An act which, when taking into account in particular the motives of the person committing it and the circumstances pertaining to the safety of the foreigner in his or her home country or country of permanent residence, and when assessed as a whole, is to be deemed committed under vindicating circumstances, *does not constitute arrangement of illegal immigration*” (corsivo aggiunto).

In definitiva, non costituiscono atti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina le azioni di sostegno agli stranieri che siano giustificate da circostanze legate sia alla loro sicurezza, sia alle motivazioni “vindicating circumstances” di colui che ha prestato l'assistenza. Anche in questo caso, la *ratio* della norma è quella di non criminalizzare l'assistenza fornita agli stranieri per ragioni di umanità.

Nel Regno Unito il principio dell’“immunità dall'azione penale”, di cui all'art. 31 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati, è stato incorporato nel paragrafo 31 dell'*Immigration and Asylum Act*, intitolato *Defences based on Article 31(1) of the Refugee Convention*, secondo il quale:

⁵⁸ Cfr. Section 182 dell'*Aliens Act*, l. n. 301/2004, 30 aprile 2004, come da ultimo modificato dalla l. n. 458/2009.

(1) It is a defence for a refugee charged with an offence to which this section applies to show that, having come to the United Kingdom directly from a country where his life or freedom was threatened (within the meaning of the Refugee Convention), he—

- (a) presented himself to the authorities in the United Kingdom without delay;
- (b) showed good cause for his illegal entry or presence; and
- (c) made a claim for asylum as soon as was reasonably practicable after his arrival in the United Kingdom (...).”

La stessa legge stabilisce altresì che colui che aiuta il richiedente asilo ad entrare nel territorio nazionale non è perseguibile, salvo nel caso in cui abbia prestato la propria assistenza al fine di ottenerne un profitto.

L’art. 25 A dell’*Immigration Act* del 1971, introdotto dall’art. 143 del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, e intitolato *Helping asylum-seeker to enter United Kingdom*, stabilisce in particolare che:

“(1) A person commits an offence if —

- (a) he knowingly and *for gain* facilitates the arrival in, or the entry into, the United Kingdom of an individual, and
- (b) he knows or has reasonable cause to believe that the individual is an asylum-seeker.

(2) In this section “asylum-seeker” means a person who intends to claim that to remove him from or require him to leave the United Kingdom would be contrary to the United Kingdom’s obligations under—

- (a) the Refugee Convention (within the meaning given by section 167(1) of the *Immigration and Asylum Act 1999* (c. 33) (interpretation)), or
- (b) *the Human Rights Convention* (within the meaning given by that section) (...).” (corsivo aggiunto).

La disposizione mira a punire le condotte di coloro che, allo scopo di conseguire un vantaggio personale, facilitano l’arrivo o l’ingresso nel Regno Unito di un richiedente asilo – inteso come una persona la cui espulsione dal Regno Unito sarebbe contraria agli obblighi assunti dallo stesso in forza della Convenzione sullo *status* dei rifugiati o della Convenzione dei diritti dell’uomo – al fine di consentirgli di presentare la richiesta di asilo. Al contrario, essa appare escludere il reato rispetto alle condotte di coloro, persone fisiche o giuridiche, che agiscono con la finalità di assistere un richiedente asilo a scopo altruistico e umanitario senza ottenere una contropartita.

Il reato copre le condotte perpetrate sia all’interno del Regno Unito, sia fuori dai confini nazionali. Così come la fattispecie di reato opera se la condotta è perpetrata all’estero, anche la scriminante dovrebbe trovare applicazione se l’aiuto viene fornito, senza scopo di lucro, fuori dal territorio nazionale.

Anche in Irlanda chi facilita l'ingresso di un migrante irregolare o di una persona che intende fare domanda di asilo è punibile, ma solo a condizione che la condotta sia sorretta da scopo di lucro. Del pari, non sono sottoposte a misure punitive le persone che assistono un richiedente asilo nell'esercizio della loro professione prestata in buona fede in favore di un'organizzazione che persegue, tra i suoi scopi, quello di dare assistenza ai richiedenti asilo⁵⁹.

Negli Stati Uniti è perseguito penalmente colui che aiuta ad entrare illegalmente determinati soggetti che si sono macchiati di particolari crimini a causa dei quali non potrebbero in nessun caso essere ammessi sul territorio nazionale.

L'*Immigration and Nationality Act* (INA), all'articolo 277, *Aiding or Assisting Certain Aliens to enter the United States*, dispone:

“Any person who knowingly aids or assists any alien inadmissible under section [212\(a\)\(2\)](#) (insofar as an alien inadmissible under such section has been convicted of an aggravated felony) or [212\(a\)\(3\)](#) (other than subparagraph (E) thereof) to enter the United States, or who connives or conspires with any person or persons to allow, procure, or permit any such alien to enter the United States, shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than 10 years, or both”.

L'art. 212 menzionato individua a sua volta *General Classes of Aliens Ineligible to Receive Visas and Ineligible for Admission*, tra i quali i soggetti che hanno commesso crimini contro la morale pubblica o relativi all'uso e/o traffico di droga o di spionaggio.

Nessuna disposizione punisce, invece, coloro i quali aiutano i richiedenti asilo ad entrare nel territorio statunitense.

L'ordinamento francese punisce con la pena della reclusione e con l'ammenda coloro i quali facilitano, direttamente o indirettamente, l'entrata, la circolazione o il soggiorno irregolare di stranieri⁶⁰.

Tuttavia, tale previsione soffre alcune eccezioni, e segnatamente:

“ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des [articles L. 622-1 à L. 622-3](#) l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait (...) [d]e toute personne physique ou morale, *lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques* ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes

⁵⁹ *Illegal Immigrants (trafficking) Act*, 2000, 28 agosto 2000, section 2(2).

⁶⁰ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, artt. L622-1 e L. 622-3, adottato con l'*ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, più volte modificato.

à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci"⁶¹ (corsivo aggiunto).

L'attuale versione dell'articolo è il frutto di una modifica legislativa attuata a seguito di una campagna avverso il c.d. "délit de solidarité", oggi soppresso, condotta da associazioni a tutela dei migranti⁶². La legge "modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées"⁶³ è intervenuta a sopprimere il delitto di aiuto al soggiorno irregolare laddove la condotta non abbia dato luogo ad una contropartita. Aggiungasi che la nozione di aiuto non è tipizzata, anzi, al contrario, è formulata in maniera talmente ampia da poter ricomprendere qualsiasi condotta tendente a preservare la dignità o l'integrità fisica del migrante.

Anche in questo Paese è dunque vietato punire coloro che prestano aiuto agli stranieri, salvo che l'assistenza sia fornita al fine di trarne un vantaggio economico o materiale.

Allo stesso modo, in Belgio non è punibile l'aiuto fornito per ragioni umanitarie a soggetti non residenti nello Stato al fine di entrare o soggiornare irregolarmente nel territorio nazionale.

L'art. 77 della *Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* statuisce quanto segue: "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 à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat (...) 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"⁶⁴ (corsivo aggiunto).

La norma si caratterizza per la sua formulazione particolarmente ampia, che non consente di stilare una lista esaustiva di eccezioni alla regola e si presta ad includere diverse condotte. In particolare, alcuni anni dopo

⁶¹ *Ibidem*, art. L622-4.

⁶² Cfr. S.B. SEDRINE – M ZIEGLER – I. BRANCHET – A. PONEON, *Délit de solidarité. Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*, rapporto dell'Osservatorio pour la protection des défenseurs des droits de l'Homme, in cooperazione con la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) e l'Organisation mondiale contre la torture (OMCT), 2009; M.-B. DEMBOUR – M. MARTIN, *The French Calaisis: Transit zone or dead-end?*, in M.-B. DEMBOUR – T. KELLY (a cura di), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, Abingdon, 2011.

⁶³ Art. 12, l. n. 2012-1560, 31 dicembre 2012 "relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées", JORF n. 0001 del 1 gennaio 2013.

⁶⁴ Loi modifiant l'article 77, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, 29 Aprile 1999.

L'emanazione della legge è stata apportata una modifica al secondo comma dell'art. 77 e l'avverbio *principalement* ha sostituito l'avverbio *purement*, che compariva nella precedente versione, al fine di correggere una certa interpretazione della norma data dalla giurisprudenza di merito⁶⁵, la quale aveva escluso dalla nozione di *raisons humanitaire* l'aiuto fornito in ragione di legami affettivi o sentimentali poiché, avevano ritenuto i giudici interni, di esso non “beneficiava” solo il destinatario, ma anche chi prestava l'aiuto.

In Germania, ai sensi degli art. 96 del *Aufenthaltsgesetz* (Residence Act) non è punibile la condotta di colui che incoraggia l'ingresso irregolare di una persona senza riceverne in cambio un vantaggio economico, o la promessa del medesimo, e non reitera la condotta. Del pari, neppure le condotte volte a incoraggiare il soggiorno irregolare sono punibili se non sorrette da scopo di lucro⁶⁶.

L'art. 97 del *Aufenthaltsgesetz*, inoltre, sanziona le summenzionate condotte commesse su base continuativa da bande organizzate a titolo di reato di traffico di esseri umani. Anche in questo caso, tuttavia, occorre dimostrare che le azioni dell'organizzazione criminale siano finalizzate ad ottenere un guadagno. Si può ritenere che il requisito del vantaggio materiale funga da discriminare tra le condotte dei trafficanti e quelle delle associazioni di volontariato.

L' *Ausländergesetz* (Alien Act), del pari, prevede una pena fino a tre anni di reclusione, o una multa, per chiunque favorisce il soggiorno o il transito irregolare nel territorio tedesco e riceve in cambio un vantaggio economico o la sua promessa⁶⁷.

Anche in Svezia la ricerca di guadagno economico rappresenta un elemento cruciale al fine integrare la fattispecie di reato di traffico degli esseri umani. Dispone, infatti, l'*Alien Act* che:

“Any person who, *for financial gain*, plans or organises activities designed to enable aliens to travel to Sweden without passports or the permits required for entry into Sweden shall be sentenced for organisation of human smuggling to imprisonment for at most two years” (corsivo aggiunto)⁶⁸.

⁶⁵ Per maggiori dettagli v.: European Migration Network, Belgium Contact Point, *Illegal Resident Third Country Nationals in Belgium: State approaches towards them and their profile and social situation*, disponibile su: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/illegally-resident/be-report28-11_en.pdf

⁶⁶ Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Act of Residence, Economic Activity and Integration of Foreigners in the Federal Territory), 25 febbraio 2008, come modificato dall'art. 3 della legge 6 settembre 2013 (BGBl. I S. 3556).

⁶⁷ Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Act Concerning the Entry and Residence of Aliens in the Territory of the Federal Republic (Aliens Act), 1 gennaio 1991, art. 92.

⁶⁸ *Aliens Act (2005:716)*, 29 settembre 2005, come emendato da *Swedish Code of Statutes 2009:16*, Chapter 20, section 9.

Neppure in Norvegia è sottoposto a procedimento penale colui che aiuta un richiedente asilo ad entrare irregolarmente nel territorio nazionale o in qualsiasi altro Stato. Infatti, secondo la legge norvegese sull'immigrazione:

“[a] person who *provides humanitarian assistance* to a foreign national staying illegally in the realm *shall not be liable to a penalty* for aiding and abetting the illegal stay” (corsivo aggiunto)⁶⁹.

Nell'ordinamento giuridico portoghese è unanimemente inteso che le condotte di aiuto umanitario agli stranieri non rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni sui reati di aiuto illegale all'immigrazione in quanto non fornite per scopo di lucro⁷⁰.

Neppure l'ordinamento lussemburghese punisce le condotte di facilitazione al soggiorno dei migranti irregolari, a condizione che non siano sorrette dalla volontà di ottenerne un profitto economico⁷¹.

5.2. La giurisprudenza interna

In alcuni Stati, le giurisdizioni interne, sia di merito che di legittimità, hanno accertato che la condotta di coloro che aiutano i richiedenti asilo ad entrare e/o soggiornare in uno Stato dove possono presentare domanda di asilo non può essere perseguita penalmente, anche a prescindere dal fatto che il richiedente non risulti avere titolo per beneficiare del diritto di asilo a seguito di opportuni controlli. Di seguito si riportano alcuni casi salienti.

Come accennato nel paragrafo che precede, ai sensi della *section 25A dell'Immigration and Asylum Act – Helping asylum seeker to enter United Kingdom* – nel Regno Unito il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare non sussiste rispetto alle condotte di coloro i quali, persone fisiche o giuridiche, agiscono al solo fine di assistere un richiedente asilo senza riceverne alcun vantaggio.

Nel caso *Kapoor and Ors*⁷², la Corte d'appello di Londra, sezione penale, ha chiarito, *inter alia*, che la disposizione in argomento non possa essere aggirata dall'accusa, ricorrendo ad altri capi di imputazione, ove questa non riesca a provare la sussistenza di un guadagno come contropartita dell'aiuto offerto ai richiedenti asilo.

⁶⁹ *Immigration Act of 15 May on the entry of foreign nationals into the kingdom of Norway and their stay in the realm* (Utlendingsloven), Chapter 2, section 108, § 6.

⁷⁰ *Act 23/2007* del 4 luglio 2007, modificato da *Act 29/2012* del 9 agosto 2012, art. 183(2).

⁷¹ *Code Pénal*, versione consolidata al 1° aprile 2017, art. 382-4.

⁷² England and Wales Court of Appeal (Criminal Division), *Kapoor and others v. R.*, EWCA Crim 435, 9 marzo 2012. Disponibile online all'indirizzo: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2012/435.html>.

Nel caso in esame, gli appellanti, condannati per il reato di associazione a delinquere volta al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, avevano aiutato dei richiedenti asilo afgiani ad entrare illegalmente nel Regno Unito, fornendo loro le proprie carte di imbarco insieme a passaporti e visti falsi. I capi di imputazione, tuttavia, non poggiavano sull'art. 25A dell'*Immigration and Asylum Act*, specificamente rivolto ai rifugiati, ma sull'art. 25 della medesima legge (*Assisting unlawful immigration to member State*) – letto in combinato disposto con l'art. 2 dell'*Asylum and Immigration (Treatment Claimants) Act 2004* (*Entering United Kingdom without passport, &c.*) – relativo al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁷³.

Alla domanda rivolta dalla Corte di Appello al procuratore sulle ragioni che avevano indotto a scegliere tale “circuitous route”, l'accusa ammetteva che “there was no or no sufficient evidence of ‘gain’” per integrare la fattispecie di reato di cui alla *section 25A*. Al contrario, per il reato previsto dalla *section 25*, non era necessario provare che gli imputati avessero ottenuto un guadagno.

La Corte ha ritenuto che se si accedesse alla soluzione prospettata dall'accusa:

“section 25A can simply be bypassed. Section 25A limits the offence of facilitation to someone who knowingly and for gain facilitates the arrival in, or the entry into, the United Kingdom of an asylum seeker and excludes anything done by a person acting on behalf of an organization which aims to assist asylum-seekers and does not charge for its services. *Section 25A strikes a careful balance reflecting the obligation of the UK under the Refugee Convention*. It would be strange if a person who facilitated the arrival into this country of an asylum seeker would not be guilty of an offence under section 25A designed specifically to deal with asylum seekers but guilty of the general offence in section 25. *Given that an asylum seeker who presents himself to an immigration officer at an airport and claims asylum is not an illegal entrant* or, at least for the time being and following temporary admission, not unlawfully in the UK, section 25 would, on our preferred interpretation not bite. It would be strange if Parliament by enacting the 2004 Act intended to interfere with the balance achieved in 2002 when enacting section 25A” (corsivo aggiunto).

⁷³ Nella parte rilevante ai nostri fini, l'art. 25 dispone: “(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” – “Una persona commette un reato se - (a) agisce in modo da facilitare la violazione della legge sull'immigrazione da parte di un individuo che non è cittadino dell'Unione europea” (traduzione dell'autore). Nella specie, la legge sull'immigrazione della quale si lamentava la violazione era la *section 2 dell'Asylum and Immigration (Treatment Claimants) Act 2004*, che dispone: “(1) A person commits an offence if at a leave or asylum interview he does not have with him an immigration document which (...)”.

In altre parole, poiché il richiedente asilo che entra nel territorio inglese per presentare domanda di asilo non commette alcun reato, in ottemperanza agli obblighi assunti in forza della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, del pari non può essere punito l'aiuto a un non crimine⁷⁴.

Il Canada è tra gli ordinamenti più severi nella repressione dell'immigrazione irregolare. Al fine di proibire ogni forma di aiuto ai migranti, tale Paese non solo sanziona il traffico di esseri umani, ma equipara di fatto l'aiuto umanitario prestato ai migranti al reato di tratta di esseri umani.

In forza della legge sull'immigrazione e la protezione dei rifugiati del 2001⁷⁵, l'aiuto all'ingresso irregolare dei migranti in Canada può avere due conseguenze: *i*) la condanna a scontare pene detentive o a pagare consistenti sanzioni pecuniarie (cfr. art. 117); *ii*) il divieto, per i cittadini stranieri, di rimanere sul territorio nazionale (cfr. art. 37(1)(b)).

L'art. 117 dell'*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), come di recente modificato, stabilisce che:

“No person shall organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons knowing that, or being reckless as to whether, their coming into Canada is or would be in contravention of this Act”⁷⁶.

La versione precedente di tale disposizione, applicabile *ratione temporis* al recente caso che ci accingiamo ad esaminare, stabiliva:

“No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act”.

La disposizione, sia nella sua versione attuale che in quella precedente, non richiede la ricerca di un vantaggio finanziario o materiale al fine di poter integrare il reato di *Human Smuggling and Trafficking*, come invece previsto dal Protocollo contro il traffico illecito di migranti. Di conseguenza, essa si presta ad essere utilizzata

⁷⁴ Al più, secondo il *Crown Prosecution Service*, ove sussistano difficoltà oggettive di ottenere la prova di un vantaggio economico diretto come contropartita dell'assistenza fornita ai richiedenti asilo al fine di entrare illegalmente, il Procuratore può valutare se ci siano elementi sufficienti a desumere un guadagno. Nel caso di specie, ad esempio, si trattava di dimostrare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina perpetrato da soggetti che traevano i mezzi di sostentamento dagli assegni sociali e, tuttavia, riuscivano ad acquistare regolarmente biglietti aerei per la tratta Regno Unito – India. Con riguardo alla condotta di “Assisting unlawful immigration to a Member State (facilitation) - section 25 of the Immigration Act 1971”, v. *Legal Guidance* del *Crown Prosecution Service*, disponibile *online* all'indirizzo email: http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/human_trafficking_and_smuggling/#a09.

⁷⁵ *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, comma 27, disponibile *online* su: <http://laws.justice.gc.ca/PDF/I-2.5.pdf>.

⁷⁶ Protecting Canada's Immigration System Act, S.C. 2012, comma 117, ss. 41(1) e 41(4). Disponibile *online* su: file:///srv-dc/Dati/STUDIO/Pratiche/SFP108%20-%20Claudio%20Scajola/documenti/normativa%20altri%20Stati/Canada_Protecting%20Canada%E2%80%99s%20Immigration%20System%20Act_2012.pdf.

per contrastare qualsiasi forma di aiuto all'immigrazione irregolare e non solamente le condotte poste in essere a scopo di lucro dalla criminalità organizzata.

Ebbene, nella sentenza resa dalla Suprema Corte canadese nel caso *R. c. Appulonappa*, tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, che tutela la vita, la libertà e la sicurezza delle persone⁷⁷. Secondo la Corte:

“insofar as s. 117 permits prosecution for humanitarian aid to undocumented entrants, mutual assistance amongst asylum-seekers or assistance to family members it is unconstitutional”⁷⁸.

Alla conclusione che la disposizione non sia applicabile alle persone che forniscono aiuti umanitari ai migranti la Corte è giunta interpretando lo scopo della legge alla luce, tra l'altro, degli obblighi internazionalmente assunti dal Canada, segnatamente l'art. 31(1) della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati e il Protocollo di Palermo sul traffico di esseri umani⁷⁹.

Con riferimento al divieto di rimanere sul territorio nazionale, l'art. 37(1)(b) dell'IRPA dispone che:

“A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for: (...) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or laundering of money or other proceeds of crime”.

Anche tale disposizione legislativa è stata di recente interpretata dalla Suprema Corte canadese nel senso di non coprire le condotte di assistenza prestate da stranieri ai migranti irregolari senza scopo di lucro. Nella sentenza resa nel caso *B10 v. Canada*, la Corte ha chiarito che la nozione di “people smuggling” si applica solo a soggetti che favoriscono l'ingresso illegale dei richiedenti asilo al fine di ottenere un beneficio diretto o indiretto, finanziario o materiale, nel contesto del crimine transnazionale organizzato. Al contrario, “[a]cts of humanitarian and mutual aid (...) do not constitute people smuggling under the IRPA”⁸⁰.

Infine, in Italia, la giurisprudenza ha ritenuto scriminata la condotta diretta a consentire l'ingresso nel nostro Paese di richiedenti asilo. Nel noto caso *Cap Anamur*, che ha visto imputati del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁸¹ il Capitano e il primo ufficiale della nave *Cap Anamur*, battente bandiera tedesca, nonché il Presidente dell'omonima organizzazione umanitaria per aver procurato l'ingresso di 37

⁷⁷ Constitution Act, 1982, Part I, Canadian Charter of Rights and Freedoms, art. 7: “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”.

⁷⁸ Suprema Corte del Canada, *R. c. Appulonappa*, 27 novembre 2015, § 5.

⁷⁹ *Ibidem*, §§ 85-86.

⁸⁰ Suprema Corte del Canada, *B10 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 27 novembre 2015, § 5. Cfr. anche § 76.

⁸¹ In particolare, veniva contestata l'ipotesi criminosa di cui all'art. 12, commi 1 e 3, del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

cittadini extracomunitari in Italia attraverso il trasporto di costoro in acque internazionali e il successivo sbarco in Italia, il Tribunale di Agrigento è pervenuto alla dichiarazione di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, per il Capitano della nave e il Presidente dell'organizzazione, e per non aver commesso il fatto, nei riguardi del Primo Ufficiale della nave⁸².

Ha ritenuto il Tribunale che la condotta materiale contestata fosse stata commessa in presenza della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., nello specifico, di adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale: quello di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare e di farlo sbarcare in un luogo sicuro⁸³.

A sostegno delle proprie argomentazioni sulla sussistenza della scriminante il Tribunale aggiungeva che, non solo le persone tratte in salvo dal comandante della nave erano bisognose di soccorso, ma altresì esse avevano dichiarato di provenire dal Sudan, Paese dove all'epoca dei fatti – giugno/luglio 2004 – era noto essere in corso un genocidio. *A fortiori* dunque, e a prescindere dal successivo accertamento dello *status* di rifugiato, sussisteva secondo il Tribunale, l'obbligo per il capitano di prestare assistenza all'ingresso dei richiedenti asilo nel luogo ove essi avrebbero potuto presentare domanda di asilo.

6. Gli strumenti di *soft law*: la risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa

L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa si è di recente occupata della penalizzazione delle condotte di aiuto ai migranti irregolari. Essa non ha distinto tra la condotta di aiuto fornito ai richiedenti asilo e quella di aiuto ad altre categorie di migranti. L'elemento di discriminazione fra le due è rappresentato, per l'Assemblea, dall'aver perseguito uno scopo di lucro.

Sottolinea l'Assemblea che:

“contrary to Directive 2002/90/EC defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence (Reception Directive), some European Union member States sanction humanitarian assistance, thereby

⁸² Cfr. Tribunale di Agrigento, I sezione penale, n. 954/09, sentenza del 7 ottobre 2009, depositata in Cancelleria il 15 febbraio 2010. Sul caso *Cap Anamur* vedi: T. BASARAN, *Saving Lives at Sea: Security, Law and Adverse Effects*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 3/2014, p. 365 ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il Caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2010, p. 87 ss.; M. COTTONE, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare*, in A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, pp. 88-104.

⁸³ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS Convention), Montego Bay, 10 December 1982, Art. 98; International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS Convention), London, 1 November 1974; International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR Convention), Hamburg, 27 April 1979; International Convention on Salvage, London, 28 April 1989.

creating an ‘offence of solidarity’, the Assembly underlines the need to end the threat of prosecution on charges of aiding and abetting irregular migration of people who rescue migrants”⁸⁴.

Essa ha voluto mostrare come al reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare vengano talvolta erroneamente accomunate due fattispecie totalmente difformi. Da un lato, le condotte dei “trafficienti di uomini”, il cui operato, spesso al servizio della criminalità organizzata, è sanzionato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata e dai protocolli ad essa allegati contro la tratta di esseri umani. Dall’altro, la situazione, ben diversa, di coloro che intervengono a scopo umanitario fornendo aiuto a quanti entrano o soggiornano irregolarmente nel territorio nazionale.

L’Assemblea, mentre richiama gli Stati ad adottare le misure necessarie “to step up the fight against migrant trafficking and smuggling”, osteggia fortemente la repressione dell’aiuto umanitario, in quanto conduce a quella che viene definita “offence of solidarity”⁸⁵. Tale posizione di favore per le condotte solidaristiche, evidentemente trova conferma rispetto all’aiuto rivolto ai richiedenti asilo.

7. Conclusioni

Dalla ricostruzione del panorama normativo e giurisprudenziale relativo alle condotte finalizzate all’aiuto e all’assistenza dei richiedenti asilo, possono trarsi le seguenti conclusioni.

In primo luogo, non sussiste né in diritto internazionale né in diritto dell’Unione europea alcuna disposizione che imponga di sanzionare l’aiuto altruistico fornito ai richiedenti asilo per entrare e/o soggiornare in uno Stato diverso dal proprio al fine della presentazione della domanda di asilo. L’unica fattispecie di illecito tipizzata è quella di cui al Protocollo di Palermo sul traffico di migranti, concernente il traffico di uomini motivato da uno scopo di “lucro”, inteso quest’ultimo in senso ampio. Tale fattispecie è evidentemente del tutto estranea all’aiuto umanitario prestato ai richiedenti asilo, contraddistinto da assenza di scopo di lucro e da nobili motivi.

Neppure esiste una norma di diritto internazionale che precluda chiaramente agli Stati di sanzionare le condotte di agevolazione all’ingresso e/o al soggiorno dei richiedenti asilo.

⁸⁴ Assemblea Parlamentare, *Criminalization of irregular migrants: a crime without a victim*, Res. 2059(2015), adottata il 22 Maggio 2015.

⁸⁵ Contro il c.d. “offence of solidarity” si è da ultimo espressa anche l’European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), nella *ECRI General Policy Recommendation No. 16 on safeguarding irregularly present migrants from discrimination*, adottata il 16 marzo 2016, in cui si sostiene che: “The criminalisation of social and humanitarian assistance to irregularly present migrants encourages intolerance and racism as it punishes people for helping others on the basis of their immigration status”, p. 20.

Tuttavia, si è qui argomentato che la disposizione di cui all'art. 31, comma 1, della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati possa estendersi a coprire le condotte di agevolazione all'entrata o al soggiorno irregolare dei richiedenti asilo nel territorio di altri Stati. In virtù di tale norma, appare fondato il quesito che una parte della dottrina si è posta: “[c]omment l'aide à un 'non-crime' pourrait-elle constituer un delit?”⁸⁶.

Punire le condotte solidaristiche in favore dei richiedenti asilo avrebbe la conseguenza di contribuire a limitarne la capacità di presentare la domanda per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, e con esso il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti dalla Convenzione di Ginevra del 1951. Ingresso e soggiorno ne sono, evidentemente, la condizione. Una lettura teleologicamente orientata dell'art. 31, comma 1, di detta Convenzione può consentire di ampliarne la portata applicativa per ricomprendere nell'“immunità dalla sanzione penale” anche le condotte di aiuto all'ingresso e al soggiorno irregolare dei richiedenti asilo adottate per finalità squisitamente umanitarie.

La disposizione in esame, nell'interpretazione suggerita, troverebbe applicazione nei riguardi degli Stati parte della Convenzione di Ginevra (145 Stati) i quali abbiano ratificato il Protocollo opzionale del 1967(146)⁸⁷ che ne estende la portata temporale.

Con riferimento agli altri Stati, la punibilità della condotta di colui che presta assistenza al richiedente asilo al fine di consentirgli di varcare una frontiera sprovvisto dei regolari documenti di viaggio e/o di soggiornare irregolarmente nel paese di rifugio potrebbe essere esclusa, ai sensi del diritto internazionale, ove a stabilirlo fosse una norma consuetudinaria attestante una pratica generale che accetta tale esimente come diritto.

Negli ordinamenti analizzati nel presente lavoro non è consentito di perseguire penalmente coloro che assistono, per ragioni altruistiche, i richiedenti asilo. Inoltre, una parte della giurisprudenza interna ha fornito un'interpretazione delle norme in materia di immigrazione e asilo volta a escludere la punibilità delle condotte di aiuto altruistico all'ingresso e al soggiorno irregolare dei richiedenti asilo.

Sebbene la prassi analizzata non sia allo stato contraddistinta dalla generalità, dalla continuità e dalla univocità necessarie a provare la sussistenza di una norma consuetudinaria che vieti la punibilità delle condotte considerate, il diritto internazionale potrebbe evolversi, sulla scia della prassi considerata, verso la formazione di una simile norma.

⁸⁶ L.P. JANNARD, *Le traitement jurisprudentiel du trafic de migrants en droit comparé: Un désaveu des dispositions législatives canadiennes*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2010, p. 72.

⁸⁷ Protocollo relativo allo Status di Rifugiato, New York, 31 gennaio 1967.