

**OSSERVATORIO COSTITUZIONALE**

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2022

Data: 7 giugno 2022

### ***L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina\****

di **Antonello Ciervo** – *Ricercatore di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza"*

**ABSTRACT:** The essay analyzes the decision no. 63/2022 of the Italian Constitutional Court, which declared the illegitimacy of art. 12, third paragraph, letter d) of d. lgs. n. 286/1998 in the part in which it provided for an increase in the sanction established in the first paragraph. The decision is very important and must be considered positively, however some important legal issues remain in the shadows, such as the problem of the criminalization of solidarity and the permanence of very high detention sanctions, especially if compared with those of other European States, such as, for instance, France.

**SOMMARIO:** 1. Il quadro normativo di riferimento alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle Sezioni Unite penali. – 2. I profili di irragionevolezza dell'art. 12, terzo comma, lettera d) TUIM ed il ruolo svolto nel processo dagli "amici curiae". – 3. Le questioni costituzionali ancora aperte: il rischio sempre in agguato di "criminalizzare la solidarietà".

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

## **1. Il quadro normativo di riferimento alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle Sezioni Unite penali**

Con la sentenza n. 63/2022, pubblicata lo scorso 10 marzo, la Corte costituzionale ha preso posizione per la prima volta nel merito sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsto all'art. 12 del Testo Unico sull'Immigrazione (d'ora in avanti TUIM) e, con un intervento di vera e propria chirurgia costituzionale, ne ha dichiarato illegittimo il terzo comma, lettera d), nella parte in cui prevedeva un aumento di pena di un terzo rispetto alla sanzione base stabilita al primo comma, con riferimento alla condotta di coloro che - in violazione delle norme del medesimo Testo Unico - promuovono, dirigono, organizzano, finanziano o effettuano il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compiono altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso, nell'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso "*utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti*"<sup>1</sup>. La fattispecie in questione prevedeva la condanna dell'agente alla reclusione da cinque a quindici anni, oltre ad una multa di 15.000 euro per ogni straniero fatto entrare illegalmente sul territorio italiano: la Corte, pertanto, con la sentenza in commento ha dichiarato l'illegittimità della seconda parte della lettera d), terzo comma dell'art. 12 TUIM, perchè in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma Cost., valutando del tutto irragionevole e sproporzionato l'aggravamento sanzionatorio, non potendosi rinvenire il medesimo disvalore penale della condotta in oggetto rispetto alle altre ipotesi aggravate previste tanto alla lettera d), quanto alle altre lettere a), b), c) ed e) presenti nel medesimo comma<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Appare opportuno segnalare, per esaustività, come la norma stabilisca anche una identica sanzione – tanto nella fattispecie base, quanto nella sua forma aggravata – nei confronti di coloro che pongono in essere le medesime condotte al fine di procurare l'ingresso in altro Stato di cui lo straniero non è cittadino ovvero non abbia un titolo di residenza permanente. Al riguardo la dottrina ha pacificamente riconosciuto la natura di fattispecie a consumazione anticipata del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, evidenziandone i non pochi profili di criticità, anche sul versante costituzionalistico: cfr., per tutti, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2020, 143 ss.

<sup>2</sup> Nello specifico - e per quel che interessa approfondire in questa sede -, il terzo comma dell'art. 12 TUIM stabilisce un aggravamento sanzionatorio con riferimento ad una serie di condotte assai eterogenee tra di loro, ossia quando il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone (lettera a); quando la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità (lettera b); quando la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante (lettera c); infine, quando gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive (lettera e). In generale, per una ricostruzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, si vedano almeno A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, IX, Torino, 2012, 50 ss.; V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, in particolare il saggio di M. SAVINO, *Immigrazione e*

Sulla natura delle fattispecie previste al terzo comma – se esse cioè debbano essere considerate delle fattispecie autonome di reato *tout court*, ovvero delle mere aggravanti della fattispecie base - la questione sembra essere ormai stata definitivamente risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali, con la sentenza n. 40982/2018, hanno stabilito trattarsi pacificamente di circostanze aggravanti del reato base previsto al primo comma dell'art. 12 TUIM<sup>3</sup>, pur non avendo in questa circostanza il giudice della nomofilachia approfondito i rilievi costituzionali - evidenziati dalla Sezione semplice con riferimento alla struttura del reato –, perché la qualificazione dello stesso come reato di pericolo e a consumazione anticipata rientrerebbe comunque nell'ambito delle scelte politico-discrezionali del legislatore<sup>4</sup>. Del resto, su un profilo se si vuole tangente a quello qui considerato, la Consulta era già intervenuta con la sentenza n. 331/2011, dichiarando l'illegittimità del comma 4-*bis* così come introdotto dall'art. 1, comma 26, lettera f) della legge n. 94/2009 – il c.d. “pacchetto sicurezza” – che prevedeva, a fronte della sussistenza di “gravi indizi di colpevolezza” in ordine alle ipotesi delittuose previste proprio al terzo comma dell'art. 12 TUIM, la comminazione automatica della custodia cautelare nei confronti dell'imputato, senza che il giudice potesse applicare misure diverse da quelle detentive *ante causam*, qualora fossero emersi dalle indagini elementi concreti tali da giustificare la comminazione di misure meno lesive della libertà personale dell'imputato<sup>5</sup>.

In questo suo importante precedente, dunque, la Corte aveva già avuto modo di evidenziare - in un

---

*sicurezza: due paradigmi*, ivi, 60 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, 17 ss.; M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, 169 ss.

<sup>3</sup> Così le SS.UU. al paragrafo 10 della parte “*In diritto*” della sentenza n. 40982/2018, reperibile al seguente URL: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1501-cass-ssuu-40982-18.pdf>. Per alcune osservazioni in merito, si vedano almeno F. BASILE, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 484 ss., oltre che G. SAVIO, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall'art. 12 co. 3 del T.U. Immigrazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14.12.2018.

<sup>4</sup> Sebbene, come si vedrà meglio *infra*, la formulazione di questo reato in termini di pericolo e a consumazione anticipata ponga non pochi problemi attuativi ai giudici ordinari, perplessità sulla natura dell'art. 12 TUIM sono state evidenziate anche dalla dottrina per quanto concerne i rischi di criminalizzazione di condotte altruistiche aventi una finalità meramente solidaristica – e dunque prive di una specifica offensività giuridica. In generale, sulla valutazione delle scelte di politica criminale del legislatore da parte della Consulta, si veda M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, 19 ss.; sulle tendenze della giurisprudenza costituzionale in materia, quanto meno a partire dalla sentenza n. 394/2006, si rinvia ai contributi raccolti in L. ZILLETI, F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007; più specificamente, in materia di immigrazione cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2010, 13 ss.

<sup>5</sup> Sulla sentenza n. 331/2011, si rinvia alle puntuali osservazioni di P. ZICCHITTO, *La conformità a costituzione della custodia cautelare in carcere tra Corte, legislatore e giudici comuni*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, 2 ss., anche per una ricostruzione dei precedenti della Corte in materia, oltre che a G. LEO, *Sulle presunzioni di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 957 ss.

*obiter dictum* di estremo interesse - come la norma censurata assoggettasse le ipotesi aggravate del terzo comma (al tempo ancora considerate dalla giurisprudenza figure autonome di reato) ad uno speciale regime cautelare, omologo a quello previsto per altre ipotesi delittuose assai più gravi di quella *de quo*<sup>6</sup>, in ragione di una duplice presunzione irragionevole, al contempo “*relativa, quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari; assoluta, quanto alla scelta della misura, reputando il legislatore adeguata – ove la presunzione relativa non risulti vinta – unicamente la custodia cautelare in carcere*”<sup>7</sup>. Posto che questa duplice presunzione determinava una irragionevole compressione del potere del giudice di valutare la condotta dell’imputato, costringendolo ad una ineludibile automatica applicazione della custodia cautelare *ante causam*, e pur essendo questo il focus della sentenza n. 311/2011, tuttavia la Corte aveva modo di osservare come l’obbligo di custodia cautelare preventiva per gli imputati dei reati di cui al comma terzo dell’art. 12 TUIM fosse del tutto sproporzionata ed irragionevole.

In particolare, una simile irragionevolezza e sproporzione nell’automatismo applicativo della detenzione cautelare era corroborato dalla circostanza che le fattispecie a cui la presunzione *de quo* si riferiva, apparivano significativamente eterogenee, avendo il legislatore inserito tra le ipotesi aggravate di favoreggiamento dell’immigrazione condotte che, in concreto, non potevano certo considerarsi connaturate da un medesimo disvalore ovvero dallo stesso tipo di offensività del bene giuridico tutelato dalla norma<sup>8</sup>. Emergeva dunque già in questo passaggio della sentenza n. 311/2011, come il terzo

---

<sup>6</sup> Si pensi, ad esempio, ai delitti a sfondo sessuale, all’omicidio volontario ovvero ai reati associativi finalizzati al narcotraffico: si tratta di automatismi limitativi della libertà personale dell’imputato *ante causam* che la Corte aveva dichiarato già illegittimi in sentenze coeve, come la n. 265/2010, ovvero la n. 164/2011 con riferimento proprio all’omicidio volontario, o ancora la n. 231/2011. Sul punto si vedano le osservazioni, con riferimento alla sentenza n. 265/2010, di A. D’URBANO, *Il volto costituzionale del sistema penale si impone anche ai pacchetti sicurezza (nota a Corte costituzionale sentenza n. 265/2010 sulla carcerazione preventiva obbligatoria nei reati di violenza sessuale)*, in *Federalismi*, n. 15, 2010, 2 ss.

<sup>7</sup> Così al punto 3 del “*Considerato in diritto*”, ma si veda anche quanto affermato al successivo punto 5, laddove la Corte evidenzia come: “*Ciò che vulnera i valori costituzionali non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del «minore sacrificio necessario». Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria [...] non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l’apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso*”.

<sup>8</sup> Osservava la Corte al punto 4 del “*Considerato in diritto*” di questa sentenza come tale eterogeneità delle fattispecie incriminatrici fosse palesemente irragionevole, avendo il legislatore accomunato alla medesima sanzione detentiva condotte tra di loro prive di una *ratio* unitaria, e cioè “*... dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all’illecito commesso una tantum da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge come mera circostanza aggravante*”.

comma dell'art. 12 TUIM fosse *ab origine* caratterizzato da criticità costituzionali significative che avrebbero potuto determinare prospetticamente problemi applicativi di non poco conto alla magistratura, soprattutto per quanto concerneva la modulazione in concreto della pena da comminare a coloro che - a diverso titolo e per la eterogeneità delle condotte aggravate -, avrebbero potuto essere imputati proprio di una delle fattispecie in questione.

La Corte era poi stata nuovamente chiamata a valutare la legittimità della norma, tra l'altro con riferimento proprio alla ragionevolezza e alla proporzionalità sanzionatoria della stessa, in un giudizio che si concluse con la sentenza n. 142/2017, laddove ebbe modo di dichiarare infondata la questione sollevata dal GIP di Siracusa con riferimento alla definizione della sanzione pecuniaria in misura fissa – ossia la multa di 15.000 euro per ogni straniero favorito nell'ingresso illegale sul territorio italiano ovvero sul territorio di un altro Stato –, non modulabile dunque in concreto dal giudice, così come univocamente previsto ai commi 3 e 3-ter dell'art. 12 TUIM<sup>9</sup>. Anche questa decisione, infatti, in qualche modo aveva anticipato una serie di questioni che sono state poi affrontate dalla sentenza n. 63/2022, sebbene in quel caso il giudice *a quo* avesse evidenziato una irragionevolezza “intra-sistemica” soltanto della sanzione pecuniaria fissa, utilizzando come *tertium comparationis* il reato di cui all'art. 3, numero 6) della legge n. 75/1958, il quale punisce chiunque induca una persona a recarsi nel territorio di un altro Stato o comunque in un luogo diverso da quello della sua abituale residenza al fine di svolgere attività di prostituzione, anche nell'ipotesi del favoreggiamento.

Tuttavia, la Corte valutava tale comparazione come del tutto “asimmetrica e incongrua”, trattandosi di due fattispecie di reato disomogenee tra di loro: infatti, mentre nel caso del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina aggravata la persona introdotta irregolarmente nel territorio dello Stato

---

<sup>9</sup> Al riguardo, la Corte aveva modo di osservare, attenendosi ad un principio ormai consolidato nella propria giurisprudenza, come fosse possibile escludere l'illegittimità delle pene pecuniarie fisse, purchè accanto ad esse il legislatore avesse previsto sanzioni detentive dotate di una forbice edittale ampia: “*Tali principi valgono, a maggior ragione, quando a essere accompagnate da pene detentive modulabili sono le sanzioni pecuniarie proporzionali, come quelle prescritte dalle disposizioni in esame, che a differenza di quelle fisse sono di per se stesse caratterizzate da un certo grado di variabilità in ragione dell'offensività del fatto. Nella specie, la reclusione da cinque a quindici anni (comminata dal comma 3 del citato art. 12), aumentata da un terzo alla metà nel caso delle aggravanti previste dal comma 3-ter della stessa disposizione, costituisce un intervallo edittale che assicura un ragionevole spazio alla valutazione discrezionale del giudice, al quale è così consentito di ponderare aspetti ulteriori rispetto al dato strettamente quantitativo del numero delle persone illegalmente trasportate*”, così al punto 4.4. del “*Considerato in diritto*”. Al riguardo, si vedano le osservazioni di S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e “quantum” della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, 18 ss., sul problema della valutazione dei profili di irragionevolezza della pena pecuniaria fissa all'interno di una cornice edittale ampia. Nella dottrina penalistica si veda almeno il risalente – ma fondamentale – lavoro di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1981, 726 ss.

si trovava comunque in una situazione di illegalità – e, pertanto, presuntivamente in una condizione di maggiore vulnerabilità e dipendenza nei confronti dell’agente -, nel caso di cui alla legge n. 75/1958, invece, tale condizione di illegalità e di vulnerabilità non era presumibile in via generale ed astratta e, di conseguenza, non poteva univocamente desumersi dalla fattispecie incriminatrice una valutazione di maggior disvalore della condotta, rispetto a quelle previste all’art. 12, terzo comma TUIM. Per questo motivo, ad avviso della Corte, la determinazione di una sanzione reclusiva che si andava a sommare a quella pecuniaria fissa non poteva considerarsi in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma Cost., in quanto si trattava di sanzionare con un aggravio di pena l’ulteriore elemento offensivo determinato dallo stato di vulnerabilità della vittima - che, invece, nel caso delle fattispecie di cui all’art. 12, terzo comma TUIM era sussistente, fatta però eccezione proprio per le condotte previste nella seconda parte della lettera d), come subito si avrà modo di evidenziare<sup>10</sup>.

## **2. I profili di irragionevolezza dell’art. 12, terzo comma, lettera d) TUIM ed il ruolo svolto nel processo dagli “*amici curiae*”**

Entrando nel merito della sentenza n. 63/2022, è possibile sostenere – come opportunamente è stato evidenziato in dottrina – che siamo di fronte ad una decisione che si pone all’interno di un solco abbastanza consolidato della giurisprudenza costituzionale, quello cioè che “*mediante la valorizzazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza e della funzione rieducativa della pena, ormai da diversi anni recupera margini di sindacato sull’esercizio della discrezionalità legislativa in punto di dosimetria sanzionatoria*”<sup>11</sup>. In particolare, a partire dai precedenti che sono stati considerati *supra*, oltre che dalla presa di posizione delle SS.UU. penali sulla natura di fattispecie autonoma dei reati di cui al terzo comma dell’art. 12 TUIM, la Corte si riallaccia alla sua sentenza n. 236/2016 con cui aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 567, secondo comma c.p. - con riferimento al delitto di

---

<sup>10</sup> Su questa specifica questione, si rinvia per approfondimenti al saggio di A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, 224 ss.; in generale sul principio di offensività, così come emerge dalla giurisprudenza della Corte, ma analizzata da una prospettiva squisitamente penalistica, si veda F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1998, 350 ss.

<sup>11</sup> Così lucidamente S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell’immigrazione irregolare: illegittima l’aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quelli di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 22.03.2022, 9.

alterazione di stato -, nella parte in cui prevedeva un trattamento sanzionatorio irragionevolmente sproporzionato rispetto al *quantum* stabilito per le altre fattispecie presenti nel Libro II, Titolo XI, Capo III del Codice penale, dove pure il delitto in questione era stato sistematicamente “posto” dal legislatore, giungendo così ad una declaratoria di illegittimità parziale della norma, per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma Cost.<sup>12</sup>.

La Corte, in effetti, fa riferimento ai rilievi già svolti in questo suo importante precedente, osservando come sia ormai costante nella propria giurisprudenza considerare in contrasto con i parametri costituzionali citati una forbice edittale sanzionatoria eccessivamente divaricata: come sostenuto nelle sentenze nn. 409/1989 e 341/1994<sup>13</sup> che affrontavano casi simili a questo, la Consulta ribadisce che il legislatore è tenuto a bilanciare le legittime esigenze di prevenzione generale con la pena concretamente comminabile al singolo. Quest’ultima, infatti, potrebbe sempre risultare sproporzionata, se non venisse ragionevolmente modulata alla luce del principio dell’offensività della condotta incriminata e delle modalità con cui quest’ultima abbia in concreto leso il bene giuridico oggetto di tutela, proprio perché “*il principio di proporzionalità esige un’articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l’adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il «volto costituzionale» del sistema penale*”<sup>14</sup>.

Il solco costituzionale all’interno del quale il legislatore deve porsi, dunque, è quello di una ragionevole proporzionalità tra sanzione penale e condotta lesiva di un bene giuridico costituzionalmente tutelato, tenuto conto della offensività della condotta dell’agente in concreto e della strutturazione della fattispecie di reato: del resto, aggiunge la Corte, il legislatore è tenuto sempre a far

<sup>12</sup> Cfr. sul punto le osservazioni di E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 2016, 1956 ss. e di P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Indice penale*, 2017, 176 ss., oltre che di V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2107 ss.

<sup>13</sup> Con la prima delle decisioni citate, la Corte dichiarava l’illegittimità dell’art. 8, secondo comma della legge n. 772/1972 in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, così come modificata dalla successiva legge n. 695/1974, nella parte in cui determinava una pena edittale minima di due anni, anziché in quella di sei mesi e nella misura massima di quattro anni, anziché due, nei confronti degli obiettori; al riguardo si veda in dottrina ancora M. D’AMICO, *Sulla “costituzionalità” delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, 254 ss.. Con la sentenza n. 341/1994, invece, la Corte dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 341, primo comma c.p. – ossia del reato di oltraggio a pubblico ufficiale – nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la pena alla reclusione di sei mesi: sulla lunga vicenda giurisprudenziale che ha investito l’art. 341 c.p., si veda, volendo, A. CIERVO, *Il Giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2019, 535 ss.

<sup>14</sup> Così al punto 4.1. del “*Considerato in diritto*”.

corrispondere conseguenze sanzionatorie congrue alla offensività della condotta, non dovendo mai perdere di vista quello che è l'obiettivo perseguito dall'art. 27, terzo comma Cost., ossia la rieducazione del reo. Infatti, nel caso in cui il legislatore prevedesse sanzioni detentive sproporzionate, una simile scelta di politica criminale rischierebbe di inficiare *ab imis* - cioè sin dal momento della conclusione del processo in senso sfavorevole all'imputato - l'obiettivo rieducativo della pena, con il rischio che il reo percepisca di aver subito una condanna profondamente ingiusta, in quanto sproporzionata rispetto alla condotta da lui posta in essere, e a fronte della lesione - tutto sommato lieve - del bene giuridico tutelato che da essa è conseguita.

Ed è allora all'interno di questa cornice teorica generale - rigorosamente rispettosa di uno dei più importanti principi di civiltà giuridica presenti nel nostro ordinamento costituzionale ed ormai del tutto consolidato nella giurisprudenza della Consulta<sup>15</sup> -, che deve essere letta la conseguente declaratoria di illegittimità parziale del terzo comma, lettera d) dell'art. 12 TUIM<sup>16</sup>. La Corte, infatti, ha evidenziato come l'aggravio sanzionatorio della norma rilevante non sembrava connettersi ad alcun surplus di disvalore del fatto commesso dell'agente, tenuto conto che l'impiego dei servizi internazionali di trasporto non fosse di per sé idoneo ad offendere alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello pure tutelato dalla fattispecie base - ossia l'ordinata gestione dei flussi migratori.

Da un lato, infatti, tale modalità di ingresso nel territorio dello Stato non sarebbe di per sé finalizzata a sottrarre lo straniero ai controlli di polizia (tenuto anche conto degli ordinari e capillari controlli identificativi che quotidianamente si svolgono negli aeroporti, soprattutto nelle aree di passaggio doganale); dall'altro, tale modalità di ingresso non espone lo straniero a particolari rischi per la propria vita, né sarebbe possibile sostenere che egli venga sottoposto ad un trattamento inumano e degradante prendendo un qualsiasi aereo di linea per entrare in Italia. Al contrario, proprio le modalità

<sup>15</sup> Su questo ormai consolidato filone giurisprudenziale, si veda per tutti M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 35 ss.

<sup>16</sup> Come scrive puntualmente la Corte, a partire proprio dal succitato precedente giurisprudenziale, "*Per quanto la fattispecie aggravata in esame configuri un reato complesso, la previsione di una pena minima di cinque anni, e di una massima di quindici anni di reclusione per un fatto ordinariamente punibile con la reclusione da uno a cinque anni, solo in ragione dell'utilizzazione di documenti contraffatti, alterati o anche soltanto illecitamente ottenuti presenta, dunque, tratti di assoluta anomalia «intrasistematica» rispetto alle scelte sanzionatorie tanto del codice penale, quanto della legislazione di settore. Una simile anomalia non può che tradursi in una valutazione di manifesta sproporzione del trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi aggravata all'esame*", così al punto 4.4.2. del "*Considerato in diritto*". Si osservi poi come questo passaggio argomentativo rispecchi anche la riflessione dottrinale in materia dello stesso Giudice relatore: cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 233 ss.; sul punto si veda anche N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*.

per così dire “ordinarie” di viaggio con cui si era concretamente realizzata la condotta di favoreggiamento – e tenuto conto anche della minore età dei soggetti favoriti – non appare lesiva della vita, né tanto meno della dignità personale degli stessi, tale da “meritare” da parte del legislatore in astratto un simile aggravio sanzionatorio.

A fronte di una decisione, quindi, estremamente puntuale e quanto mai coerente rispetto ai propri precedenti in materia, bisogna registrare come la Corte abbia anche saputo valorizzare, seppur *prima facie* con un mero richiamo *en passant* al punto 4.1. della parte in diritto della sentenza, le osservazioni “*ampiamente approfondite*” sui profili di irragionevolezza della normativa rilevante che erano state esposte in due opinioni scritte dagli *amici curiae*. Si tratta di tre associazioni internazionali attive nella promozione dei diritti umani e nella tutela dei migranti (ossia ECRE, ICJ ed AIRE) e della “*Accademia di Diritto e Migrazioni*” dell’Università degli Studi della Tuscia (d’ora in avanti ADiM): mentre il primo gruppo di *amici curiae* si era soffermato in particolare sui profili di contrasto tra la normativa interna e quella internazionale ed europea, a partire da una disamina approfondita dell’art. 3, §. 6 del Protocollo di Palermo<sup>17</sup>, in questa sede ci sembra di un certo interesse evidenziare gli argomenti impiegati dall’ADiM che in alcuni passaggi della parte in diritto della sentenza sono stati effettivamente ripresi quasi alla lettera dalla Corte<sup>18</sup>.

Sebbene l’*amicus curiae* enfatizzi nel proprio intervento la novità della *quaestio legitimitatis* sollevata dal Tribunale di Bologna – elemento questo che, seppur vero dal punto di vista della rilevanza della questione, come abbiamo evidenziato in precedenza, era in qualche modo già stato affrontato *incidenter tantum* dalla Corte –, esso si focalizza specificamente sui profili di irragionevolezza del terzo comma dell’art. 12 TUIM, oltre che sull’evidente violazione sia del

<sup>17</sup> Tale disposizione, infatti, stabilisce che gli Stati membri del Trattato debbano prevedere circostanze aggravanti, in caso di condotte di traffico di esseri umani ovvero di *smuggling*, limitatamente alle sole ipotesi relative alla messa in pericolo della vita o dell’incolumità dei migranti coinvolti, oltre che alla loro esposizione a trattamenti inumani o degradanti durante il viaggio, incluso anche lo sfruttamento. Viceversa la disposizione in oggetto nulla prevede - né esige dalle Parti contraenti del Trattato - rispetto ad altre condotte che comunque potrebbero, alla luce dell’ordinamento giuridico interno, integrare il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Per approfondimenti sul punto, si veda ancora S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling senza ingiusto profitto*, cit., 167 ss.

<sup>18</sup> Sul ruolo e l’incidenza degli *amici curiae* nel processo costituzionale, si vedano da ultimo le osservazioni critiche di L. Marianoni, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e l’apertura alla società civile. Considerazioni a margine di una prima prassi applicativa*, in *Politica del diritto*, 2021, soprattutto 452 ss.; criticamente sul ruolo e la funzione degli *amici curiae*, E. Olivito, *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 2019, 485 ss. e M. Luciani, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, 406, dove si osserva come una opinione scritta di 25.000 caratteri – quale è appunto quella che possono presentare gli *amici curiae* –, si presta maggiormente a essere una “forma di manifesto” nel quale esplicitare pubblicamente la propria opinione rispetto a una questione concreta, piuttosto che offrire “*un ragionamento accurato su questioni complesse*” (ivi).

principio di offensività della condotta incriminata che di quello di proporzionalità della sanzione detentiva prevista dal legislatore<sup>19</sup>. L'opinione, in particolare, rileva come già dai lavori parlamentari non fosse desumibile alcun elemento utile a corroborare la plausibilità della *ratio legis* nel senso di un aggravamento della pena delle condotte elencate al terzo comma dell'art. 12 TUIM, insistendo sulla circostanza che una modalità di ingresso ordinaria dello straniero illegale - attraverso mezzi di trasporto di linea e con alterazione materiale dei propri documenti identificativi - potesse essere considerata nella prassi del tutto "fisiologica", non determinando in concreto una specifica o comunque aggravata offensività dei beni oggetto di tutela da parte dell'ordinamento stesso<sup>20</sup>.

Pertanto, considerato che nella maggioranza dei casi l'ingresso irregolare sul territorio italiano si realizza attraverso l'impiego di vettori internazionali di trasporto e, contestualmente, con la contraffazione dei propri documenti identificativi, quand'anche gli stranieri fossero stati favoriti da organizzazioni criminali, comunque non potrebbero essere considerati "vittime" delle stesse, proprio perchè utilizzando velivoli o altri mezzi di trasporto ordinari non rischiano - nell'affrontare il viaggio in cui si concretizza la condotta di favoreggiamento - né la vita, né tanto meno si troverebbero in una condizione di degradazione tale da poter essere considerati oggetto di traffico di esseri umani. Ebbene, se così è, non può non emergere come nel caso dell'aggravante di cui alla lettera d), seconda parte del terzo comma dell'art. 12 TUIM, l'aumento di pena previsto dal legislatore risulti del tutto irragionevole, proprio perché non è possibile desumere dalla condotta sanzionata, così come essa concretamente si realizza nella realtà quotidiana, quella necessaria e ragionevole giustificazione che dovrebbe sostenere le scelte di politica criminale finalizzate ad una recrudescenza sanzionatoria.

Si tratta, evidentemente, di un profilo di irragionevolezza che, lucidamente evidenziato dall'opinione dell'*amicus curiae*, è stato valorizzato dalla stessa Corte al fine di giungere alla declaratoria di illegittimità parziale della norma rilevante, laddove per l'appunto il Giudice relatore, riallacciandosi al ragionamento svolto dall'ADiM, osserva come "*Non pare, infatti, ragionevolmente ravvisabile alcun surplus di disvalore del fatto commesso mediante l'utilizzazione di servizi internazionali di trasporto rispetto alla generalità dei fatti riconducibili alla fattispecie base [...]: una*

<sup>19</sup> L'*amicus curiae* dell'ADiM è reperibile al seguente URL: [https://www.migrazionieuropadiritto.it/wp-content/uploads/2021/12/ADiM\\_opinione-Amicus-curiae\\_14.7.2021\\_DEF.x19017.pdf](https://www.migrazionieuropadiritto.it/wp-content/uploads/2021/12/ADiM_opinione-Amicus-curiae_14.7.2021_DEF.x19017.pdf).

<sup>20</sup> Del resto, osserva l'*amicus curiae*, al di là di queste ipotesi di ingresso in evidente elusione della normativa interna, nella prassi "... restano solo le note condotte dei c.d. scafisti che organizzano l'attraversamento del Mediterraneo a bordo di precarie imbarcazioni, nonché (ma si tratta di situazioni marginali) il favoreggiamento realizzato dai c.d. passeurs in senso stretto, ossia da chi si limita a fornire un passaggio con un mezzo di trasporto privato o ad accompagnare i migranti a piedi attraverso le zone di confine", così a pagina 4 dell'opinione di ADiM.

*tale modalità di commissione non offende alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello tutelato dal comma 1 (l'ordinata gestione dei flussi migratori), né rappresenta una modalità di condotta particolarmente insidiosa o tale da creare speciali difficoltà di accertamento alla polizia di frontiera*<sup>21</sup>.

### **3. Le questioni costituzionali ancora aperte: il rischio sempre in agguato di “criminalizzare la solidarietà”**

Per quanto, come detto, questa sentenza debba essere valutata con favore, tenuto conto anche degli argomenti impiegati dalla Corte per motivare la dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa rilevante, essa lascia tuttavia sullo sfondo una serie di questioni giuridiche di non poco conto che restano ancora in attesa di risposta: la prima di queste concerne la definizione – o piuttosto la perimetrazione - dei beni giuridici oggetto di tutela e la connessa questione della pluri-offensività delle condotte incriminate dal legislatore. Al riguardo, ci sembra opportuno evidenziare come, al punto 4.2. del “*Considerato in diritto*”, la Corte si attesti ad una ricostruzione ormai classica del bene giuridico oggetto di tutela della normativa penale in materia di immigrazione, ossia quello della “ordinata gestione dei flussi migratori”, che appare più che altro un criterio meritevole di tutela piuttosto che un bene giuridico *stricto sensu*, tanto è vero che la stessa Consulta lo ha sempre qualificato - e anche in questo caso lo ribadisce - come un bene meramente “strumentale” al perseguimento di altri beni “finali” di rilevanza costituzionale che sarebbero compromessi dal fenomeno dell’immigrazione irregolare, ossia l’ordine e la sicurezza pubblica, gli equilibri del mercato del lavoro e le risorse limitate del sistema di sicurezza sociale da destinare alla popolazione immigrata regolarmente presente sul territorio.

In questo passaggio della sentenza, dunque, la Corte sembra proprio non volersi discostare da un suo precedente tanto celebre quanto problematico, ossia la sentenza n. 250/2010, con cui aveva fatto

---

<sup>21</sup> Così al punto 4.4.1. del “*Considerato in diritto*” della sentenza, mentre al successivo punto 4.4.2., con riferimento all’utilizzo di documenti contraffatti, alterati o comunque ottenuti illegalmente, pur con dei distinguendo, la Corte anche in questo caso fa proprie le osservazioni dell’*amicus curiae*: si veda *supra*, il passaggio in questione, già citato alla nota 16.

salvo il reato di immigrazione clandestina - introdotto all'art. 10-*bis* TUIM dalla legge n. 94/2009<sup>22</sup>: ebbene, ad avviso di chi scrive, questo rinvio appare quanto mai incongruo perché in quella sede la Corte aveva fatto riferimento alla “ordinata gestione dei flussi migratori”, ma a fronte di un reato di mera condotta che appariva – e in verità ancora oggi appare – viziato da una evidente connotazione penalistica “d'autore”<sup>23</sup>. In questa sede, invece, la struttura del reato di cui all'art. 12 TUIM – ossia di pericolo e a consumazione anticipata – risulta essere completamente diversa da quella di cui all'art. 10-*bis* TUIM e appare anche estremamente versatile nella prassi giudiziaria a criminalizzare una pluralità di condotte quanto mai eterogenee, non necessariamente offensive di un simile bene giuridico “strumentale”.

Tra l'altro, come si è appena evidenziato, nel caso di cui alla lettera d), terzo comma, la condotta che determinava la consumazione del reato di per sé non tendeva a ledere immediatamente i succitati beni “finali” tutelati dall'ordinamento: proprio per questo motivo, una più ponderata valutazione da parte del legislatore del proprio potere politico-discrezionale, a fronte di un arretramento significativo della soglia di criminalizzazione di questo tipo di condotte, sarebbe in futuro auspicabile, visto che l'anticipazione dell'intervento penale in questo ambito rischia di creare inevitabilmente non pochi problemi per quanto concerne il ragionevole e proporzionato equilibrio tra sanzioni comminate e la giustificata repressione di determinati fatti illeciti. In breve, se da un lato il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina tende comunque ad ancorarsi alle tipologie di favoreggiamento già previste dal nostro ordinamento giuridico a tutela di beni finali di rilevanza costituzionale, il rinvio alla sentenza n. 250/2010 e al reato lì oggetto di valutazione appare non del tutto congruo rispetto agli effettivi beni giuridici che la fattispecie di favoreggiamento tende a tutelare in alcune sue ipotesi aggravate.

Tra l'altro, sempre nella sentenza n. 250/2010, la Corte dava una ricostruzione forse più convincente dei beni finali oggetto di tutela, in quanto faceva esplicito riferimento al fatto che nel caso dell'immigrazione clandestina il “*potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio*”, collegata alla

---

<sup>22</sup> Criticamente sulla sentenza n. 250/2010, si vedano almeno L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 9 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, ivi, 106 ss.; T. GUARNIER, *Su di un caso di Certiorari. Riflessioni critiche sul sindacato costituzionale del c.d. “Reato di immigrazione clandestina”*, in *Diritto e Società*, 2011, 250 ss.

<sup>23</sup> Così al punto 6.3. del “*Considerato in diritto*” della sentenza n. 63/2022.

ponderazione di rilevanti interessi pubblici come la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale che, a loro volta, afferiscono alla più generale "sostenibilità" socio-economica del fenomeno migratorio<sup>24</sup>. In verità ciò di cui il legislatore dovrebbe tenere conto – sempre in una auspicabile prospettiva *de jure condendo* –, dovrebbero essere innanzitutto le condizioni di estrema vulnerabilità in cui quasi sempre si viene a trovare la "vittima" del favoreggiamento stesso, visto che – nella maggior parte dei casi – quest'ultima si trova sostanzialmente in balia di "trafficienti" che, a diverso titolo, dispongono di fatto della vita del favorito.

Ma nel caso della fattispecie di cui al terzo comma, lettera d) dell'art. 12 TUIM, queste condizioni non si davano in concreto, non implicando quella ipotesi necessariamente il verificarsi di un *pactum sceleris* ovvero una qualche forma di profitto o di transazione economica a vantaggio dell'agente – che poi altro non fa, se non mettere lo straniero nella condizione di affrontare un ordinario viaggio di linea per farlo giungere senza rischi nel Paese dove ha comunque deciso di realizzare il proprio progetto migratorio: circostanza questa che emerge con ancora maggior evidenza nel giudizio principale, laddove per l'appunto i soggetti favoriti risultavano essere due minori stranieri che erano stati condotti in Italia da un loro parente (rispettivamente, la loro madre e zia), evidentemente in ragione di una esigenza improcrastinabile connessa alla loro vita privata e familiare. Ecco dunque come una fattispecie penale di questo tipo – che si perfeziona con il mero compimento di "*atti diretti a procurare l'ingresso illegale di stranieri*" sul territorio italiano – rischia di essere contestata anche nei confronti di coloro che si limitano a porre in essere comportamenti altruistici a favore dei migranti, magari al solo fine di agevolarne l'ingresso e/o il soggiorno, per ragioni umanitarie e senza trarne alcun profitto economico, in questo modo criminalizzando condotte poste in essere dall'agente nel rispetto di quei doveri di solidarietà sociale, di cui pure l'art. 2 Cost. richiede ai cittadini l'adempimento<sup>25</sup>.

E giungiamo così alla seconda delle questioni rimaste sullo sfondo di questa sentenza e che, almeno per il momento, la Corte non ha ancora potuto affrontare – tenuto comunque conto del fatto che non era oggetto della *quaestio legitimitatis* sollevata dal Tribunale di Bologna –, ossia la c.d. "criminalizzazione della solidarietà", un rischio questo sempre in agguato quando si applica una

<sup>24</sup> *Ibidem*. Per una critica ai beni giuridici tutelati nelle fattispecie del diritto penale dell'immigrazione, alla luce in particolar modo della sentenza n. 250/2010, si veda per tutti ancora T. GUARNIER, *Su di un caso di Certiorari*, cit., 282 ss.

<sup>25</sup> Sul punto si veda in dottrina per tutti il fondamentale lavoro di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 47 ss.; ma da ultimo anche – con specifico riferimento alla portata precettiva dell'art. 2 Cost. –, le puntuali riflessioni di G. BASCHERINI, *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2017, 12 ss.

fattispecie incriminatrice di questo tipo. Non può al riguardo non ricordarsi in questa sede come proprio alcuni anni fa sia stato il *Conseil Constitutionnel* a prendere posizione su una normativa per certi aspetti simile a quella italiana, con la sentenza nn. 717-718 del 6 luglio 2018<sup>26</sup>: in questo caso, il *Conseil* ebbe modo di dichiarare in contrasto con il principio di *Fraternité* – in una decisione che è stata giustamente definita “epocale”<sup>27</sup> - l’inciso “*au séjour irrégulier*” presente nel primo comma dell’art. 622-4 del *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile*, il quale per l’appunto limitava l’immunità penale dell’agente al solo favoreggiamento del soggiorno irregolare, ma non a quello dell’ingresso e della circolazione sul territorio nazionale, anche nell’ipotesi in cui gli stranieri favoriti fossero legati da un vincolo di parentela con l’imputato<sup>28</sup>.

Per quanto la normativa francese sia sicuramente meno repressiva di quella tuttora vigente nel nostro Paese – la sanzione detentiva, infatti, prevede al massimo 5 anni di carcere, oltre ad una multa di 30.000 euro - e per quanto il legislatore transalpino abbia comunque previsto proprio all’art. 622-4 del *Code* una scriminante speciale per evitare la criminalizzazione di condotte altruistiche – scriminante questa che non è prevista dalla normativa italiana -, il *Conseil* ha esteso tale particolare causa di giustificazione non soltanto alle ipotesi di favoreggiamento del “*séjour irrégulier*”, ma anche a tutte quelle ipotesi di favoreggiamento dell’ingresso e della circolazione sul territorio interno, sdoganando uno dei valori di più difficile concretizzazione giuridica della triade rivoluzionaria, quello appunto della “Fraternità”, riconoscendogli una concreta precettività normativa<sup>29</sup>. Ora, al di là delle questioni

<sup>26</sup> La sentenza in commento è reperibile direttamente sul sito istituzionale del *Conseil constitutionnel*, al seguente URL: [https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1691/conseil\\_constitutionnel\\_n\\_2018\\_717\\_718\\_qpc.pdf](https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1691/conseil_constitutionnel_n_2018_717_718_qpc.pdf). Per i (pochi) commenti in dottrina, si vedano almeno C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité à la française?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2019, 169 ss.; A.M. LECIS COCCO ORTU, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un’importante pronuncia sul “reato di solidarietà”*, reperibile su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 30.07.2018; M. DAICAMPI, *Emerione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *DPCE on-line*, n. 3, 2018, 671 ss.

<sup>27</sup> Sulla portata storica di questa sentenza del *Conseil*, si vedano almeno, nella dottrina francese, D. ROUSSEAU, *Enfin une bonne nouvelle: le principe de fraternité existe!*, in *Gazette du Palais*, n. 26, 2018, 12 ss.; J.-E. SCHOETTL, *Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2018, 959 ss.; M. VERPEAUX, *Fraternité et Constitution – Constitutionnalisation et Constitution*, *ivi*, 966 ss.

<sup>28</sup> In ogni caso, appare opportuno precisare come la scriminante umanitaria fosse comunque stata estesa dal legislatore anche alle associazioni che aiutano gli stranieri ad entrare in Francia, purché a titolo gratuito e a condizione che tale condotta di favoreggiamento non si concretizzasse in alcuna forma di “*contrepartie directe ou indirecte*” con la “vittima”.

<sup>29</sup> In questo senso, si vedano le corrette osservazioni di A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 2, 2018, 2 ss., mentre ad avviso di M. GIACOMINI, *Il diritto d’asilo al bivio tra il delitto di solidarietà e il principio di fratellanza*, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2, 2019, 2 ss. la vicenda oggetto del giudizio dovrebbe essere considerata come un ampliamento degli spazi del diritto d’asilo, rilievo questo che non mi sento di condividere, trattandosi a mio avviso di due questioni completamente differenti e non direttamente connesse tra di loro. Sulla difficile concretizzazione

che riguardano specificamente l'ordinamento transalpino, appare evidente come la Corte costituzionale con la sentenza n. 63/2022 si sia semplicemente limitata a censurare l'irragionevolezza della risposta securitaria del legislatore rispetto a condotte minimamente lesive dei beni giuridici tutelati nelle ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Tuttavia, il caso oggetto del giudizio principale era riconducibile esattamente a una di quelle ipotesi che, se si fossero verificate in Francia, avrebbero senz'altro portato il giudice *a quo* ad applicare la scriminante umanitaria (trattandosi di una condotta di favoreggiamento all'ingresso irregolare di due minori – figlia e nipote di primo grado dell'agente). Viceversa in Italia l'imputata nel giudizio principale sarà sicuramente favorita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della lettera d), terzo comma dell'art. 12 TUIM, potendo così usufruire senz'altro di una diminuzione di pena, ma rischia comunque ancora di essere condannata fino a cinque anni di carcere – per lo meno in astratto – per una condotta che di fatto risulta essere meramente solidaristica, realizzata tra l'altro per favorire minori appartenenti al proprio nucleo familiare.

In conclusione, quindi, riteniamo, anche a partire da questo rapido sguardo alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, che la Consulta potrebbe ben presto essere nuovamente chiamata a valutare i profili di irragionevolezza intrinseca che caratterizzano la fattispecie di cui all'art. 12 TUIM nel suo complesso: del resto, senza voler scomodare i classici del pensiero occidentale, dovrebbe essere ormai chiaro al lettore come davvero ciò che in Italia - anche se in misura meno grave rispetto al passato, proprio grazie all'intervento della Corte -, continua ad essere considerato un reato, dall'altra parte delle Alpi risulta essere una condotta del tutto scriminata, per ragioni - ancor prima che umanitarie - costituzionali in senso stretto, stante il rinvio al concetto di *Fraternité* repubblicana svolto dal *Conseil*. Preso atto di questo significativo regresso che caratterizza la nostra legislazione interna in materia – e che la sentenza n. 63/2022 ha soltanto minimamente ridimensionato -, in conclusione bisogna evidenziare come la “sicurezza” con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità parziale del terzo comma, lettera d) dell'art. 12 TUIM, abbia in qualche modo fatto passare in secondo piano la vera questione giuridica che in questo caso resta sullo sfondo, ossia quella della strutturazione del reato di

---

giuridica e giudiziaria del principio di fratellanza nell'esperienza costituzionalistica francese ed europea, è d'obbligo il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, Napoli, 2011, *passim*; ma si veda anche F. PIZZOLATO, P. COSTA, *Principio di fraternità e modernità giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2013, sulla pensabilità della “fraternità” quale principio giuridico *stricto sensu* di diretta applicazione, a partire da una disamina storico-costituzionale dell'impiego di questo sintagma nell'esperienza costituzionalistica e nella riflessione politico-filosofica europea.

favoreggiamento dell'immigrazione clandestina quale reato di pericolo e a consumazione anticipata che, così come oggi è presente nel TUIM, rischia di determinare una compressione significativa non soltanto degli spazi di libertà individuale, ma persino dell'adempimento di quegli obblighi solidaristici che la Repubblica pretende dai propri cittadini.