

L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal facilitators package al nuovo patto sulla migrazione e l'asilo

di **Alessandro Spina** [37]

Sommario: 1. Un altro nuovo inizio? – 2. Il Facilitators package: ancora tu? – 3. Un modello più armonioso: il Protocollo Onu contro lo smuggling of migrants – 4. L'illusione di un nuovo inizio: il Piano d'azione (2015-2020) – 5. Così è (se vi pare): la REFIT evaluation del 2017 – 6. Si può criminalizzare la solidarietà? No, ma anche.

1. Un altro nuovo inizio?

Il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, adottato dalla Commissione europea il 23 settembre 2020, si pone dichiaratamente come “un nuovo inizio” di fronte alle sfide di grande impegno poste dai fenomeni migratori all'Europa. Questo nuovo inizio si articola su una serie di linee-guida fondamentali, che il patto si limita per lo più ad enunciare in termini generali e programmatici. Tra queste linee-guida, ritroviamo anche l'esigenza di rafforzare la lotta contro il traffico di migranti (*migrant smuggling*), il quale, comportando «lo sfruttamento organizzato dei migranti» e ruotando su «una ricerca del profitto che ha scarso rispetto per la vita umana», pregiudica sia gli obiettivi umanitari, della protezione delle vite e dei diritti delle persone trafficate, sia lo scopo dell'Ue di provvedere ad una gestione ordinata e controllata delle migrazioni in territorio europeo.

L'obiettivo di combattere il traffico di migranti, per la verità, non è affatto una novità tra le strategie Ue in materia di immigrazione; il problema è, semmai, che il quadro normativo europeo in quest'ambito – essenzialmente cristallizzato nel cosiddetto *Facilitators package* del 2002[38] – presenta, sin dal suo sorgere, non pochi problemi e risulta oggi affetto da numerosi profili di anacronismo.

2. Il Facilitators package: ancora tu?

Per rendersene conto, basta darvi una scorsa veloce. Delle due esigenze oggi indicate dalla Commissione come stelle polari della lotta al *migrant smuggling* – ossia, nell'ordine, protezione del migrante *smuggled* e controllo dei flussi migratori – la prima non vi riceve alcuna significativa considerazione: la lotta al traffico dei migranti vi è condotta in un'ottica squisitamente stato-centrica, che considera il fenomeno dalla sola prospettiva degli stati, come violazione del loro interesse a regolare i flussi di stranieri in entrata e in uscita sui loro territori, in un quadro, peraltro, nel quale – in forza degli accordi di Schengen e della libera circolazione dei cittadini comunitari tra i paesi che ne fanno parte – l'interesse al controllo delle frontiere di ciascuno stato viene concepito come oggetto di un corrispondente interesse anche degli altri stati[39].

Nella logica del *package*, insomma, il traffico di migranti è solo un tassello di un problema più generale, quello dell'immigrazione irregolare. Ed infatti, nel primo e nel secondo *Considerando* della Direttiva, si legge rispettivamente che “(1) Uno degli obiettivi che l'Unione europea si prefigge è l'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia *che implica, in particolare, la lotta all'immigrazione*

clandestina” e che “(2) Occorre pertanto adottare misure volte a *combattere l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, tanto se correlata all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto quanto se perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani”. Nessun riferimento è fatto – né qui né nella Decisione quadro – alla necessità di tutelare i diritti dei soggetti trafficati e di considerare dunque il fenomeno del traffico di migranti anche dal punto di vista delle sue implicazioni umanitarie[40]. Il fuoco dello strumento è tutto puntato sull'esigenza di combattere l'immigrazione irregolare.

Il traffico, di conseguenza, vi è essenzialmente dipinto e preso in considerazione come attività ancillare rispetto all'ingresso o al soggiorno irregolare dello straniero sul territorio degli stati Ue; la condotta del trafficante, di per sé, non vi è vista come portatrice di un autonomo contenuto di illecito: essa vi riceve il proprio contenuto di illecito di riflesso, in via accessoria, dal fatto di costituire *aiuto, favoreggiamento*, di una condotta di immigrazione irregolare. Come tale, del resto, la condotta è descritta all'art. 1: il fatto di chi intenzionalmente *assista, aiuti*, uno straniero ad entrare irregolarmente nel, o ad attraversare irregolarmente il, o a soggiornare nel, territorio di uno stato membro, dove è chiaro che il vero nucleo di disvalore è fatto risiedere nella condotta di chi irregolarmente entra nel territorio o lo attraversa[41].

Ma la considerazione del tutto secondaria che nel *Facilitators package* ricevono gli obiettivi umanitari emerge soprattutto da due altre circostanze. In primo luogo, la Direttiva costruisce, nell'art. 1.1.a, l'incriminazione del favoreggiamento all'ingresso irregolare (a differenza di quanto l'art. 1.1.b fa per il favoreggiamento della permanenza irregolare) senza richiedere che il favoreggiatore agisca per finalità di profitto[42]; ciò comporta che la fattispecie risulti integrata non soltanto da condotte votate allo sfruttamento economico del migrante, ma anche da condotte realizzate per puro spirito di solidarietà, incluse, in linea di principio, quelle orientate a scopi di carattere umanitario. In secondo luogo, una siffatta espansione dell'ambito applicativo dell'incriminazione non risulta efficacemente contrastata da quanto previsto nell'art. 1.2: il fine di assistenza umanitaria vi è bensì previsto, ma quale mera opzione, lasciata alla libera discrezionalità degli stati; la Direttiva non impone affatto agli stati di non punire le condotte di aiuto all'ingresso commesse per quella finalità; si limita a riconoscere che essi ne hanno facoltà[43].

3. Un modello più armonioso: il Protocollo Onu contro lo smuggling of migrants

Questa impostazione, così ferreamente stato-centrica, risulta tanto più evidente se la si pone a confronto con l'impostazione dell'altro grande strumento internazionale in materia, ossia il Protocollo contro il traffico dei migranti (*smuggling of migrants*) aggiunto alla Convenzione Onu contro il crimine organizzato transnazionale, siglata a Palermo nel dicembre del 2000. Anche questo strumento, per vero, individua la ragione fondamentale della criminalizzazione della condotta nell'interesse degli stati al controllo dei flussi migratori. Tuttavia, sin dalle prime battute, vi si stabilisce esplicitamente che “The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among states Parties to that end, *while protecting the rights of smuggled migrants*” (art. 2), e in tal modo l'approccio stato-centrico risulta decisamente temperato dalla centrale considerazione in cui vengono esplicitamente tenuti i diritti dello straniero *smuggled*[44].

Non è un caso, allora, che la fattispecie dell'illecito sia impostata in termini di *smuggling* (traffico) e non di mera agevolazione/facilitazione dell'immigrazione irregolare; il che contribuisce a dotare il reato di un autonomo disvalore, che non si risolve in un mero riflesso dell'ingresso o del soggiorno irregolare dello straniero: se non si può dire, insomma, che lo straniero vi sia strutturalmente dipinto alla stregua di una vittima degli *smuggler*, di certo non vi è neanche dipinto come l'autore di un illecito principale (di immigrazione irregolare), rispetto al quale la condotta del trafficante si ponga quale mero supporto. Nell'impostazione del Protocollo ONU, il migrante *smuggled* figura piuttosto come un mero "oggetto" dell'altrui condotta, con la conseguenza che è in radice esclusa ogni possibilità di considerarlo responsabile del fatto di *smuggling*, come viene espressamente sancito dall'art. 5 ("Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of" *smuggling*).

Ad avvalorare questa lettura vi è la circostanza che la condotta di *smuggling* viene qui criminalizzata solo a condizione che sia posta in essere "in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit" (artt. 3 e 6): che lo *smuggler* agisca per fine di profitto è un elemento attorno al quale è costruita la fattispecie incriminatrice e dal quale, dunque, dipende il disvalore del fatto, che in tal modo si connota di una dimensione lucrativa che sembra colorare la condotta di un significato di sfruttamento: lo *smuggler* sfrutta, al fine di ricavarne un profitto, la situazione che viene a crearsi per il convergere, da un lato, dei limiti posti dalla legge alla possibilità per lo straniero di entrare regolarmente nel territorio dello stato e, dall'altro lato, del bisogno, o comunque del desiderio, dello straniero di aggirarli[45].

Proprio perché il fatto deve essere commesso per fine di lucro, nel Protocollo non è prevista alcuna scriminante umanitaria: non perché il fine umanitario non rilevi in rapporto alla condotta illecita, ma semplicemente perché fine di profitto e fine umanitario sono mutuamente esclusivi, così che il ricorrere del secondo esclude automaticamente il primo, e dunque anche la configurabilità della condotta illecita. Come è precisato nelle *Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*,[46]

[T]he reference to "a financial or other material benefit" as an element of the definition in subparagraph (a) [of art. 3] 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. It was not the intention of the protocol to criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations.

4. L'illusione di un nuovo inizio: il Piano d'azione (2015-2020)

Il Protocollo è dunque uno strumento capace di rappresentare una visione comprensiva del fenomeno del traffico di migranti, che si faccia carico non solo dell'interesse dello stato, ma anche dei diritti dello straniero. Il *Facilitators package* no. Di ciò, si rende conto la stessa Commissione europea, allorché, lanciando il Piano d'azione Ue contro il

traffico di migranti (2015 – 2020)[47], si ripromette esplicitamente di formulare “proposte per migliorare l'attuale quadro giuridico dell'Ue di lotta contro il traffico di migranti, che definisce il reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali”.

Da diversi punti di vista, in effetti, il Piano prelude a un cambio di passo rispetto al *Facilitators package*; i toni sono assai diversi; vi si abbandona, infatti, il paradigma del trafficante come favoreggiatore dell'immigrato irregolare: la svolta è linguistica (*smuggler* e non più *facilitator*), ma anche concettuale: si dà esplicito risalto alla circostanza che la relazione fra trafficante e trafficato è improntata ad uno sfruttamento del secondo da parte del primo: “I trafficanti trattano i migranti come merci, al pari della droga e delle armi da fuoco che contrabbandano lungo le stesse rotte”; più che come complici dell'immigrato irregolare, i trafficanti vengono adesso dipinti come soggetti senza scrupoli, che “ricavano profitti considerevoli” mettendo a rischio la vita dei migranti: “Per aumentare al massimo questi profitti, i trafficanti ammassano spesso centinaia di migranti su camion o su imbarcazioni insicure (come piccoli gommoni o navi da carico da rottamare). Innumerevoli migranti annegano in mare, soffocano nei container o periscono nei deserti. [...]. I diritti umani dei migranti sono spesso gravemente violati con azioni di abuso e sfruttamento”.

5. Così è (se vi pare): la REFIT evaluation del 2017

Senonché, le annunciate proposte per migliorare il quadro giuridico sono sin qui rimaste confinate nel quaderno dei buoni propositi. È infatti accaduto che, nel frattempo, su iniziativa della stessa Commissione, si sia dato avvio ad una valutazione del *Facilitators package*[48], sotto i profili della *effectiveness*[49], dell'*efficiency*[50], della *relevance*[51], della *coherence*[52] e dell'*Eu added-value*[53], ad esito della quale si è giunti alla conclusione che il *package* “achieves its objectives and is still fit-for-purpose” e che pertanto “at this point in time [*it*] should be maintained in its present form”[54].

Un esito, per vero, piuttosto sorprendente.

5.1. Già il modo in cui il documento di valutazione ricostruisce gli obiettivi del *package* suscita qualche perplessità, essendo affetto da (ciò che potremmo chiamare) un palese *anacronismo interpretativo*; vi si lascia intendere che esso sia animato dal bisogno di proteggere innanzitutto i diritti umani dei soggetti trafficati e secondariamente l'interesse degli stati alla gestione dei flussi migratori[55]: ma ciò, come si è visto, non è vero; si tratta, in realtà, una proiezione retroattiva di un modo di impostare il tema della lotta al traffico di migranti che, almeno in ambito Ue, è venuto maturando solo successivamente, e che non era affatto sotteso alla normativa 2002, connotata invece da una vocazione spiccatamente stato-centrica.

5.2. Quanto poi alle valutazioni sui singoli punti, meritano di essere segnalate quelle che attengono al piano della *effectiveness* e al piano della *coherence*.

Sotto il primo profilo, il *Commission staff* riconosce che “reliable, complete, updated and comparable statistics in terms of investigations, prosecutions and convictions related to migrant smuggling are lacking”; che, ciò nondimeno, “available annual figures show that

irregular crossings at EU external borders reported in 2015 were six times as high as in 2014, while detections of suspected facilitators increased from 10 234 in 2014 to 12 023 in 2015. The latter rise reflects mostly increases reported in Spain, France and Italy”; e che pertanto “From such figures it could be deducted that *the Facilitators Package has not significantly contributed to reducing irregular migration, particularly in the context of increasing migratory inflows*”, sebbene, “in the absence of full data and an incomplete baseline, these conclusions remain partial”[56].

Il pacchetto si sarebbe invece rivelato *effective* sul piano dell'armonizzazione tra le normative europee in materia di traffico di migranti, essendo “considered sufficiently broad and clear to allow prosecution of different forms of migrant smuggling”[57]: ma è difficile capire quanto questo sia propriamente un effetto del *package*; nel caso italiano, ad es., si può dire che la disciplina penale in tema di favoreggiamento non abbia subito alcun significativo influsso da parte della normativa europea: lo schema generale delle incriminazioni attualmente previste nell'art. 12 Tuimm era già presente nella versione originaria del d.lgs. 286/1998. A ciò si aggiunga il problema – segnalato da alcuni stati membri e dalla assoluta maggioranza degli altri soggetti consultati – della mancanza di chiarezza e certezza giuridica nella distinzione tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e assistenza umanitaria, quale risulta dall'attuale formulazione dell'art. 1.2 della Direttiva, che, come visto, non impone agli stati di prevedere una *humanitarian exemption*, riconoscendo loro soltanto la facoltà di farlo[58].

Questo rende, forse, un po' troppo caritatevole la pur cauta conclusione cui giunge il *Commission staff*, secondo cui, “limited availability of reliable and comparable data hinders the capacity to draw a clear-cut, conclusive picture”: in realtà, il quadro sembra abbastanza chiaro nel senso di suggerire che il *package* si sia rivelato tutto sommato scarsamente *effective* nel perseguimento dei suoi scopi.

5.3. Ma le maggiori perplessità sorgono sotto il profilo della *coherence*. La valutazione del *Commission staff* si muove, a questo proposito, su due piani diversi: un piano di coerenza interna, concernente tanto il rapporto fra i due strumenti del *Facilitators package* (Direttiva e Decisione quadro) quanto il rapporto fra questi e gli altri strumenti Ue in materia di traffico di migranti e immigrazione irregolare; e un piano di coerenza esterna, concernente invece il rapporto tra *Facilitators package* e Protocollo Onu contro lo *smuggling of migrants*.

5.3.1. Secondo il *Commission staff*, vi è coerenza su entrambi i piani; ma ciò appare discutibile già sul piano della coerenza interna. È vero che il *Facilitators package* è coerente sia nei due atti che lo compongono (Direttiva e Decisione quadro), sia nel rapporto con alcuni strumenti normativi emanati, successivamente al 2002, nell'ambito dell'*acquis* dell'Ue, in materia di immigrazione irregolare e fenomeni connessi (in particolare, la cosiddetta *Employers Sanctions Directive* del 2009 e la Direttiva 2011/36/UE *on preventing and combating trafficking in human beings*). Più complesso appare tuttavia il rapporto con il Piano d'azione contro il traffico di migranti (2015-2020): abbiamo visto come, in realtà, quest'ultimo fosse caratterizzato da un approccio significativamente diverso, almeno sotto certi punti di vista (primo fra i quali, la sottolineatura della dimensione umanitaria e dei diritti dei migranti trafficati implicati nel fenomeno del traffico), rispetto a quello del *package*, e come anzi, proprio a partire da

una presa di coscienza di tali diversità, il Piano d'azione si proponesse di formulare "proposte per migliorare l'attuale quadro giuridico dell'Ue di lotta contro il traffico di migranti", e dunque per superare, o comunque emendare, la disciplina del *package*.

Ciò nonostante, e nonostante si prenda atto del fatto che il Piano d'azione prevedesse una revisione del *Facilitators package* finalizzata "to ensure that appropriate sanctions are in place while avoiding risks of criminalisation of those who provide humanitarian assistance to migrants in distress", il documento conclude nel senso che "There is therefore a strong coherence between the objectives of the Action Plan and Facilitators Package"; le divergenze tra i due strumenti sarebbero dovute esclusivamente al fatto che "The Action Plan responded to a crisis context requiring operational and prompt action to prevent loss of lives at sea, disrupt smuggling activities and better prevent this form of crime, whereas the Facilitators Package does not aim for any immediate operational effect and rather contributes to better preventing and countering the phenomenon in the long term".

5.3.2. Ancor più sorprendere appare, poi, il giudizio riguardante la coerenza tra *Facilitators package* e Protocollo Onu contro lo *smuggling*: "Despite some differences [...], the Protocol and the Facilitators Package remain coherent with each other". Ora, è vero che il Protocollo ha una proiezione diversa dal *package*, poiché, a differenza di quest'ultimo, è specificamente orientato a considerare lo *smuggling* come oggetto dell'azione di gruppi criminali organizzati, e che ciò potrebbe giustificare qualche differenza nei contenuti specifici dei due strumenti. Il fatto è, però, che tra di essi corrono differenze tutt'altro che specifiche o di dettaglio, davvero difficili da spiegare esaurientemente con l'argomento addotto: si tratta di differenze radicali e sul piano dell'impostazione generale (esclusivamente stato-centrica quella Ue, stato-centrica moderata da umanitarismo quella Onu) e sul piano della definizione della condotta (impennata sul fine di lucro quella Onu e costruita come *smuggling* e non quale mero favoreggiamento, a differenza di quanto avviene nel *package*) e sul piano della considerazione dei diritti dei migranti trafficati (centrale nel Protocollo, ma del tutto carente nel *package*).

6. Si può criminalizzare la solidarietà? No, ma anche

La conclusione cui giunge il *Commission staff*, ad ogni modo, suona perentoria: il *Facilitators package* va mantenuto nella sua forma attuale; la necessità di una sua revisione "could be re-evaluated, once the implementation of the Action Plan has reached greater maturity".

Da qui muove il Nuovo patto del 23 settembre 2020, allorché proclama recisamente che "Le norme vigenti per contrastare il traffico di migranti si sono rivelate un quadro giuridico efficace per combattere coloro che facilitano l'ingresso, il transito e il soggiorno illegali".

L'unico profilo sul quale la Commissione ritiene di dover intervenire, e con immediatezza, è "la questione della criminalizzazione di soggetti privati" che compiano atti di assistenza umanitaria. Lo fa presentando, l'1 ottobre 2020, una Comunicazione[59], che aspira a fornire una sorta di interpretazione autentica dell'art.

1.2 della Direttiva 90/2002, che ne guidi l'implementazione, sin qui per vero piuttosto deludente, da parte degli stati membri. La Commissione, in tal modo, dà corso ad una precisa richiesta del Parlamento europeo, che, nel luglio 2018, la aveva appunto esortata “ad adottare orientamenti destinati agli Stati membri al fine di chiarire quali forme di favoreggiamento non dovrebbero essere configurate come reato, in modo da assicurare chiarezza e uniformità nell'attuazione dell'*acquis* attuale, tra cui l'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), e l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva sul favoreggiamento”, sul presupposto “che la chiarezza dei parametri [*avrebbe garantito*] una maggiore coerenza nella normativa penale relativa al favoreggiamento in tutti gli Stati membri, riducendo la criminalizzazione indebita”[60].

In realtà, solo tre anni prima, nella già citata *REFIT evaluation* del 2017, il *Commission working staff* affermava che “as of today there appears to be rather limited evidence that social workers, family members or citizens acting out of compassion have been prosecuted and convicted for facilitation of unauthorised entry, transit or residence”; al punto che “the findings show that only one-fifth of the interviewees actually fear sanctions for their humanitarian assistance-related work with irregular migrants in situation of transit or staying on the national territory, and that only some, among those who actually reported fearing such sanctions, would associate the fear with a possible deterrent effect on providing assistance”.

Oggi, invece, agli occhi della stessa Commissione la situazione appare mutata: “Le ultime ricerche discusse dalla Commissione con le ONG suggeriscono che, dal 2015, gli atti compiuti per scopi umanitari sono sempre più oggetto di sanzioni. I dati raccolti hanno confermato che le azioni giudiziarie e le indagini nei confronti di singoli individui per motivi connessi al reato di favoreggiamento sono aumentate nell'UE dal 2015. La ricerca ha registrato 60 indagini e azioni giudiziarie in dieci Stati membri tra il 2015 e il 2019, per lo più relative al favoreggiamento dell'ingresso, con un picco di casi nel 2018”.

In Italia, senza considerare la risalente vicenda *Cap Anamur*, è dal 2017 (sequestro della *Juventa*, per iniziativa della procura di Trapani) che si segnala un certo attivismo giudiziario avente ad oggetto l'opera delle Ong impegnate nel salvataggio di vite nel Mediterraneo[61].

Ciò rende urgente chiarire la portata della normativa europea su questo punto, onde prevenire – per usare l'efficace espressione impiegata dal Parlamento Ue nella sua Risoluzione – la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria. Senonché, se lo scopo era questo (chiarire l'ambito di applicazione degli obblighi derivanti dal *Facilitators package*, in modo da evitare la configurazione dell'assistenza umanitaria come reato), la soluzione fornita non sembra del tutto soddisfacente. Scrive la Commissione: “La criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce [...] una violazione del diritto internazionale e di conseguenza non è permessa dal diritto dell'UE”; pertanto, “l'articolo 1 della direttiva sul favoreggiamento, quando qualifica come reato il favoreggiamento dell'ingresso e del transito illegali, lasciando agli Stati membri la facoltà di non adottare sanzioni nei casi in

cui i comportamenti in questione abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria, non si riferisce all'assistenza umanitaria obbligatoria per legge, in quanto essa non può essere qualificata come reato”.

[37] Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Palermo (alessandro.spena@unipa.it)

[38] 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 del soggiorno illegali*, e la Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, *volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*.

[39] Su ciò rinvio chi lo volesse, anche per ulteriori riferimenti, a Spina, *Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From complicity to exploitation?*, in Carrera, Guild (eds.), *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings policy dilemmas in the EU*, Brussels: CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS), 2016, 33 ss.; Id., in Militello, Spina, *Between Criminalization and Protection: The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden: Brill, 2019; Id., *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in Militello, Spina, Mangiaracina, Siracusa (cur.), *Traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino: Giappichelli, 2019, 144 ss.

[40] Il solo fugace riferimento ai diritti dei soggetti trafficati si ritrova nell'art. 6 della Decisione quadro, a tenore del quale "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". Questa disposizione si limita, in realtà, a ribadire l'ovvia circostanza che le norme del *Facilitators package* non possono essere intese come deroghe in violazione di norme di diritto internazionale, che hanno valore vincolante per gli stati membri.

[41] Per approfondimenti, Spena, *Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From complicity to exploitation?*, in Carrera, Guild (eds.), *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings policy dilemmas in the EU*, Brussels: CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS), 2016, 33 ss.; Mitsilegas, *The normative foundation of the criminalization of human smuggling: Exploring the fault lines between European and international law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1/2019, 78.

[42] Cfr. ad es. Veas, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1/2018, 116 ss.; Spena, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in Militello, Spena, Mangiaracina, Siracusa (cur.), *Traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, cit., p. 145.

[43] Cfr. ad es., oltre ai testi citati nelle due note precedenti, Allsopp, Manieri, *The Eu anti-smuggling framework: Direct and indirect effects on the provision of humanitarian assistance to irregular migrants*, in Carrera, Guild (eds.), *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings policy dilemmas in the EU*, Brussels: CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES (CEPS), 2016, 84.

[44] Spena, *Smuggled migrants as victims? Reflecting on the Un Protocol against migrant smuggling and on its implementation*, §§ 2 e 3.2 (in corso di pubblicazione).

[45] Per approfondimenti, sia consentito rinviare a Spena, *Smuggled migrants as victims? Reflecting on the Un Protocol against migrant smuggling and on its implementation*, § 3.4 (in corso di pubblicazione)

[46] Un General Assembly, *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions – Addendum: Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, A/55/383/Add.1, 3 November 2000, § 88 (https://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf).

[47] Il piano è del 27 maggio 2015 e costituisce parte dell'Agenda europea sulle migrazioni, adottata un paio di settimane prima (13 maggio 2015).

[48] *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)*, pubblicato il 22 marzo 2017.

[49] “To what extent did the Facilitators Package achieve its objectives? To what extent did it achieve approximation as regards the definition of the offence and the associated penal framework, including type and level of sanctions, and jurisdiction rules? Was the Package effective in setting out an appropriate legal framework to tackle the offence of migrant smuggling? What effects did the Package have on prosecution and conviction at national level?”.

[50] “What are the main costs and benefits of the Facilitators Package? To what extent are the costs justified and proportionate to the benefits achieved? Did it create administrative burden?”.

[51] “To what extent have the objectives of the Facilitators Package been appropriate? To what extent is the Facilitators Package still relevant in the current context where migrant smuggling has significantly increased over the last years?”.

[52] “To what extent is the Facilitators Package internally coherent? To what extent is it coherent with wider EU laws in relevant areas such as migration, fundamental rights, fight against organised crime, trafficking in human beings, and with international law?”.

[53] “What is the added value of the Facilitators Package compared to what could be achieved by Member States at national level? To what extent is it still opportune to act at EU level?”.

[54] Sul punto, v. anche Minetti, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020 (disponibile all'indirizzo: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2032284420946837>).

[55] “The priority afforded to reducing irregular migration stems from two essential needs. First, the need to tackle human rights abuse and violence, which those who migrate irregularly, in particular by sea, are often subject to. Migrants in an irregular situation are also more vulnerable to labour and other forms of exploitation. Secondly, there is a need to protect the Member States’ territorial integrity, social cohesion and welfare through well-managed migration flows”.

[56] Su questi presupposti, non sarebbe possibile “to assess with accuracy whether prosecution and conviction rates have increased across the EU and to what extent the Facilitators Package may have contributed to it. Moreover, even in the event where statistical data would be complete and comparable, several other factors beyond the legal framework would still be likely to influence any assessment of the effectiveness of the legislation in this regard. These can be for example the degree of political priority afforded to the crime and the consequent level of resources allocated for the investigations, the difficulty to trace the illicit payments and criminal proceeds, and the likelihood of a higher deterrent effect when the activities are not driven by criminal motives or financial gain”. Di conseguenza, “in view of such weaknesses, the assessment is mostly based on the opinion gathered for the evaluation”. Ebbene, “According to most stakeholders across different categories, such as Member States, experts or other respondents to the public consultation, the Facilitators Package has had *little deterrent effect*. The deterrent effect of the approximation of the definition of the crime and related sanctions was questioned by several Member States and stakeholders. *In their view, neither the definitions and sanctions nor their approximation (or the variations in the severity of sanctions) have an impact on the magnitude of the flows of (facilitated) irregular migrants to the EU, nor on the smuggling routes and methods. This is also because the potential gains from migrant smuggling have been reportedly very high compared to the risk of detection, conviction and sanctions*”.

[57] “As regards the definition of the offence, nearly all Member States which replied to the dedicated consultation agreed on the effectiveness of the Facilitators Package in approximating the definition of the offence, which is considered sufficiently broad and clear to allow prosecution of different forms of migrant smuggling. Some other experts and practitioners held less positive views about the

actual effectiveness of the Package in promoting a harmonised definition and pointed to the variations in the transposition as a potential hindrance to cooperation”.

[58] “The lack of a mandatory humanitarian exemption has been the subject of ongoing criticism from scholars, European and international institutions and NGO coalitions such as the European Social Platform. The conclusions of the first meeting of the European Migration Forum held in January 2015, pointed inter alia to the need to revise the Facilitation Directive to exempt humanitarian assistance from criminalisation. They stressed the need to "explicitly exclude punishment for humanitarian assistance at entry (rescue at sea and assisting refugees to seek safety) as well as the provision of non-profit humanitarian assistance (e.g. food, shelter, medical care, legal advice) to migrants in an irregular situation" and considered that the review "should also make clear that renting accommodation to migrants in an irregular situation without the intention to prevent the migrant's removal should not be considered facilitation of unauthorised residence, while ensuring that the legal system punishes those persons who rent accommodation under exploitative conditions”.

[59] Comunicazione della Commissione – Orientamenti della Commissione sull’attuazione delle norme dell’UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali 2020/C 323/01. Per una sintesi, v. Licastro, *Traffico (smuggling) di migranti: una mirata sintesi delle linee guida della commissione sulla direttiva sul favoreggiamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021, 173 ss.

[60] Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2018 su orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria (2018/2769(RSP)).

[61] Per un riepilogo, Masera, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia*, 2/2018, 225 ss.; Zirulia, *Non c’è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3/2020, 150 ss.

[62] Per una valutazione, invece, tutto sommato positiva, almeno sotto questo punto di vista, del rilievo pratico della Comunicazione, v. Starita, *Search and rescue operations under the New pact on asylum and migration*, in *SIDIBlog*, 8 novembre 2020.

[63] V., ad es., Coppens, Somers, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, 379, 387; Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2019, 518; nonché, volendo, Spina, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1893 ss.

 MI PIACE