

## Il colpo assestato alla *crimmigration* dalla sentenza *Kinsa* della Corte di giustizia

Emanuela Pistoia \*

1. Con sentenza del 3 giugno scorso<sup>1</sup>, la Corte di giustizia ha avuto modo di stabilire alcuni punti fermi sulla *vexata quaestio* della legittimità dell'obbligo di sanzionare, nonché più specificamente di incriminare, comportamenti di facilitazione dell'immigrazione irregolare privi della finalità di lucro e caratterizzati invece da motivazioni umanitarie, e della legittimità delle sanzioni medesime stabilite dagli Stati membri. Il chiarimento ha riguardato non comportamenti siffatti in termini generali, ma una condotta piuttosto specifica: quella di una persona che aveva fatto entrare irregolarmente nel territorio di uno Stato membro due minori, cittadine di Stati terzi, di cui era affidataria. Questa condotta era infatti oggetto del procedimento penale pendente innanzi al giudice remittente. Il chiarimento ha riguardato inoltre sia i contenuti del diritto dell'Unione, sia quelli delle normative nazionali. La Corte ha concluso che il primo *non* comprende l'obbligo di sanzionare una condotta quale quella citata e che alle seconde, allorché incriminano la condotta citata, osta il diritto dell'Unione, nelle modalità che si vedranno.

La *vexata quaestio* sorge dal *Facilitators Package* adottato dall'Unione nel 2002 e composto dalla direttiva 2002/90/CE e dalla decisione quadro 2002/946/GAI<sup>2</sup>. L'art. 1 par. 1 della direttiva riferisce l'obbligo degli Stati

---

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Teramo.

<sup>1</sup> Corte giust. 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*. Sul caso, prima della sentenza, v. L. BERNARDINI, *Il delit de solidarité davanti alla Corte di giustizia. Il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee*, in *DIC*, n. 1, 2024, p. 1 ss.; C. COSTELLO, S. ZIRULIA, *How to Limit Overcriminalisation of Assistance to Those in Need of Protection*, in *VBlog*, 29 February 2024; S. ZIRULIA, *The criminalisation of facilitating irregular immigration before the CJEU*, *ibidem*, 10 June 2024; e, se si vuole, E. PISTOIA, *La facoltà di non incriminare il favoreggiamento umanitario al confronto con alcuni diritti di cittadini di Stati terzi sanciti nella Carta*, in *Sistema penale*, 18 ottobre 2024.

<sup>2</sup> Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, e decisione quadro del

membri di adottare sanzioni a «chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri». Il par. 2 precisa che ciascuno Stato ha la possibilità di non adottare sanzioni nei confronti di chi ponga in essere uno di tali comportamenti «allo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata». La decisione quadro stabilisce un obbligo di incriminazione (art. 1, par. 1) con riferimento a tutti i comportamenti indicati nell'art. 1, par. 1 della direttiva, accompagnandolo con l'obbligo di prevedere una risposta sanzionatoria più severa ove tali comportamenti siano perpetrati a scopo di lucro (art. 1, par. 3).

Gli Stati membri dell'Unione europea si sono ampiamente allineati su metodi di contrasto all'immigrazione irregolare ampiamente ispirati al diritto penale: per quanto specificamente concerne la repressione di condotte di facilitazione dell'ingresso, del transito e del soggiorno irregolari dovute a solidarietà o umanità, alcuni anni addietro la Commissione ha rilevato come solo otto Stati membri esentassero dalla punibilità il favoreggiamento realizzato per prestare assistenza umanitaria<sup>3</sup>. Il punto di crisi è stato raggiunto allorché, ripetutamente, operatori di organizzazioni umanitarie hanno cominciato ad essere incriminati per aver tratto in salvo migranti in pericolo di vita, con l'esito di condurli sul territorio di uno Stato membro<sup>4</sup>. La Commissione ha preso posizione in modo molto netto sul punto, con la citata Comunicazione del 2020, in cui affermava: «La criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce pertanto una violazione del diritto internazionale e di conseguenza non è permessa dal

---

Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002/946/GAI).

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione, del 1° ottobre 2020, 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, p. 4. Sulla Comunicazione v. A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 settembre 2020.

<sup>4</sup> Per un'analisi completa, ci si limita a rinviare a PICUM, *More than 100 people criminalised for acting in solidarity with migrants in the EU in 2022*, Bruxelles, 2023 e, in dottrina, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2020, p. 143 ss. e, più ampiamente, ID., *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalization e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2023.

diritto dell'UE»<sup>5</sup>. Come si è accennato, con il caso *Kinsa* la questione della legittimità del “favoreggiamento umanitario” è però giunta all’esame della Corte di giustizia in relazione a fatti diversi e molto più specifici. Nelle conclusioni presentate il 7 novembre 2024, l’Avvocato generale De La Tour aveva adottato invece una prospettiva più ampia, giacché gli Stati membri generalmente non puniscono «l’assistenza prestata nell’interesse esclusivo dei congiunti»<sup>6</sup>.

Nel prosieguo si sintetizzeranno anzitutto le conclusioni dell’Avvocato generale De La Tour, con particolare attenzione ai rilevanti aspetti in cui queste risultano disallineate rispetto alla sentenza della Corte. Ci si occuperà poi di quest’ultima, arrivando infine a evidenziare i suoi aspetti salienti sul piano giuridico-formale e, nel merito, il suo contributo alla politica di immigrazione e asilo dell’Unione europea. Si accennerà anche ad alcune perplessità sollevate dalla sentenza a prima lettura.

2. Le considerazioni dell’Avvocato generale De La Tour presentano notevoli punti di divergenza rispetto alla sentenza del 3 giugno, oltre a quello già ricordato circa l’indicazione, nella direttiva 2002/90, delle condotte oggetto di analisi<sup>7</sup>.

Divergente è anzitutto l’interpretazione e la valutazione dell’art. 1, par. 1 della direttiva 2002/90: De La Tour vi comprende senz’altro la condotta della persona che introduce illegalmente nel territorio di uno Stato membro due minori di cui sia affidataria<sup>8</sup>, poiché configura come illecito il favoreggiamento dell’ingresso illegale nel territorio di uno Stato membro «indipendentemente dalle motivazioni del suo autore»<sup>9</sup>. I criteri interpretativi utilizzati sono il significato letterale dei termini utilizzati per definire i vari “elementi” del reato («componente oggettiva» ed «elemento soggettivo o morale»)<sup>10</sup>; la finalità della direttiva 2002/90<sup>11</sup>; i suoi lavori preparatori<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione del 1° ottobre 2020, sopra citata, p. 5.

<sup>6</sup> Conclusioni dell’Avv. gen. De La Tour, del 7 novembre 2024, C-460/23, *Kinsa*, paragrafi 27-28.

<sup>7</sup> Per un’analisi delle Conclusioni incentrata specificamente sui contenuti delle stesse v. L. GROSSIO, *Lo scrutinio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione sovranazionali: due interrogativi lasciati aperti dalle conclusioni dell’AG Richard de la Tour nella causa Kinsa*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2025.

<sup>8</sup> Conclusioni *Kinsa*, sopra citate, par. 41 e par. 50.

<sup>9</sup> *Ivi*, par. 31-50. La citazione è tratta dal par. 38.

<sup>10</sup> *Ivi*, par. 32-41.

<sup>11</sup> *Ivi*, par. 42-47.

<sup>12</sup> *Ivi*, par. 48-49.

Divergente è poi la riformulazione dei quesiti scelta dall'Avvocato generale, la quale si incentra sull'art. 49, paragrafi 1 e 3 della Carta: come si vedrà, anche la sentenza è impostata su una riformulazione dei quesiti, ma di tutt'altro tenore. L'Avvocato generale ha così impostato la gran parte delle sue riflessioni sul rispetto del principio di proporzionalità: non, però, la proporzionalità nella compressione di diritti derogabili *ex art.* 52, par. 1 della Carta (evocata dal giudice remittente), ma la proporzionalità delle pene prevista nell'art. 49, par. 3. Tale scelta è stata motivata con la natura penale dell'illecito sotto esame e con la sua finalità essenzialmente repressiva<sup>13</sup>. Nel corso di un'analisi articolata e documentata, l'Avvocato generale si esprime a favore della validità dell'art. 1, par. 1, lett. *a*) della direttiva 2002/90 alla luce sia del principio di legalità dei reati e delle pene<sup>14</sup>, sia del principio di proporzionalità degli stessi<sup>15</sup>.

Un'altra importante divergenza riguarda il ruolo attribuito da De La Tour alla prospettiva multilivello (diritto dell'Unione/diritto degli Stati membri) nella valutazione della validità dell'art. 1, par. 1, lett. *a*) della direttiva. Da un lato, infatti, l'Avvocato generale guarda in linea di massima con favore alla criminalizzazione di coloro che rendono possibile l'attraversamento del confine ad opera di cittadini di Stati terzi «per scopi umanitari o in ragione dell'esistenza di legami familiari»<sup>16</sup>. Dall'altro lato, per lui è il legislatore nazionale a dover fare le scelte in tema di responsabilità penale, in relazione alle quali la direttiva lascia opportuno spazio<sup>17</sup>. Tale spazio va utilizzato avendo a mente gli obblighi della Carta<sup>18</sup>.

Quanto alla normativa nazionale, l'Avvocato generale parte dal presupposto che, a norma dell'art. 1, par. 2 della direttiva, tocchi ai legislatori nazionali stabilire «in che misura la persona che favorisca l'ingresso illegale nel territorio di uno Stato membro per scopi umanitari possa essere esonerata da responsabilità penale o possa beneficiare di un'esenzione o di una riduzione della pena applicabile»<sup>19</sup>: il fulcro del ragionamento è pertanto il margine di discrezionalità lasciato al livello nazionale. Per l'Avvocato generale, di tale margine deve disporre l'autorità giudiziaria, la quale, a norma dell'art. 49, par. 3 della Carta, deve poter bilanciare gli interessi in gioco.

---

<sup>13</sup> *Ivi*, par. 55.

<sup>14</sup> *Ivi*, parr. 56-75.

<sup>15</sup> *Ivi*, parr. 76-96.

<sup>16</sup> *Ivi*, parr. 80-84.

<sup>17</sup> *Ivi*, par. 85.

<sup>18</sup> *Ivi*, par. 86.

<sup>19</sup> *Ivi*, par. 99.

3. La Corte di giustizia sceglie di riformulare le domande poste dal giudice remittente con l'esito di poterle trattare congiuntamente. Così, essa esamina la questione se l'art. 1, par. 1 lett. a) della direttiva 2002/90, letto alla luce degli articoli 1, 18 e 24 della Carta, debba essere interpretato nel senso che la condotta della persona imputata nel processo nazionale *non rientri* tra quelle da sanzionare; la seconda questione è quella di sapere se gli stessi articoli della Carta ostino all'incriminazione della condotta suddetta da parte di uno Stato membro<sup>20</sup>. La ragione di tale riformulazione si deve al principio generale di interpretazione da sempre seguito dalla Corte riguardo al diritto derivato, che è quello di preservarne la validità scegliendo, tra varie opzioni interpretative, quella aderente al diritto primario, inclusa la Carta<sup>21</sup>.

Ebbene, la definizione di facilitazione dell'immigrazione irregolare *ex art.* 1, par. 1 della direttiva è chiamata dalla Corte «aperta»<sup>22</sup>: tale cioè da non escludere *prima facie* condotte quali quella dell'imputata nel procedimento penale nazionale. Sotto questo aspetto la Corte si mostra in consonanza con la ricostruzione dell'Avvocato generale. La corrispondente interpretazione è tuttavia rifiutata: secondo la Corte, la disposizione in parola *non obbliga* a sanzionare le condotte *de quo*. L'esito è sgomberare il tavolo dalla questione della validità dell'art. 1 della direttiva, nonché dispensare dall'interpretazione del par. 2, che attribuisce agli Stati la famosa *facoltà* di escludere dall'incriminazione il «favoreggiamento umanitario»<sup>23</sup>.

La Corte conclude in questo modo in forza di quattro argomenti, che è bene considerare con attenzione. Infatti, l'esito descritto appare dirimpente.

Il primo argomento si fonda sull'obiettivo della direttiva 2002/90, che è la lotta contro l'immigrazione clandestina. Si ricordi come anche l'Avvocato generale avesse utilizzato gli obiettivi della direttiva: la sua ricostruzione è più articolata ma non sostanzialmente dissonante. Diversamente dall'Avvocato generale, la Corte valorizza il fatto che la condotta dell'imputata deriva dall'assunzione, da parte di lei, della sua responsabilità nei confronti delle minori di cui è affidataria: per questo non può costituire favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e trovarsi nel mirino degli obiettivi della direttiva<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Sentenza *Kinsa*, sopra citata, punto 39.

<sup>21</sup> *Ivi*, punto 37.

<sup>22</sup> *Ivi*, punti 42 e 43.

<sup>23</sup> *Ivi*, punto 68.

<sup>24</sup> *Ivi*, punto 45.

Il secondo argomento è incentrato sugli articoli 7 e 24 della Carta, relativi rispettivamente al diritto alla vita privata e familiare e ai diritti del bambino. Se la condotta dell'imputata fosse oggetto dell'obbligo di incriminazione, ovvero della norma incriminatrice nazionale, si verificherebbe un'ingerenza particolarmente grave nei diritti citati, cioè un'ingerenza che ne pregiudica il contenuto essenziale ai sensi dell'art. 52, par. 1 della Carta<sup>25</sup>. In particolare, la lesione del contenuto essenziale di queste disposizioni avrebbe luogo in quanto l'imputata risulterebbe punita per il solo fatto di aver aiutato le minori di cui è affidataria a entrare illegalmente nel territorio di uno Stato membro<sup>26</sup>.

Il terzo argomento è costruito sull'art. 18 della Carta, sul diritto di asilo, che notoriamente nel diritto dell'Unione è garantito in conformità con la Convenzione di Ginevra (art. 78 TFUE). Infatti, l'imputata ha presentato domanda di protezione internazionale. La Corte ricorda come, secondo l'art. 6 della decisione quadro 2002/946, l'applicazione del *Facilitators Package* non pregiudichi l'osservanza, da parte degli Stati membri, degli obblighi loro incombenti ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Ginevra<sup>27</sup>. Si richiamano poi l'art. 3, lett. *b*) del Codice Frontiere Schengen<sup>28</sup>, sull'attraversamento delle frontiere interne o esterne di uno Stato membro, il quale stabilisce di non recare pregiudizio al diritto di chiedere la protezione internazionale, e l'art. 4 dello stesso regolamento, che tiene fermi gli obblighi degli Stati relativi al rispetto della Carta e della Convenzione di Ginevra sull'accesso alla protezione internazionale e al non respingimento<sup>29</sup>. La Corte ricorda anche la propria giurisprudenza pregressa su come il diritto di chiedere l'asilo vada sempre garantito, anche a chi si trovi in posizione irregolare nel territorio di uno Stato, e sul fatto che chi abbia fatto domanda di protezione internazionale non possa considerarsi come un soggiornante irregolare<sup>30</sup>. Infine, la Corte sottolinea come sia la direttiva 2013/33, relativa all'accoglienza dei richiedenti protezione

---

<sup>25</sup> *Ivi*, punti 47-56.

<sup>26</sup> *Ivi*, punto 53.

<sup>27</sup> *Ivi*, punto 59.

<sup>28</sup> Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice Frontiere Schengen) (codificazione).

<sup>29</sup> Sentenza *Kinsa*, sopra citata, punto 60.

<sup>30</sup> *Ivi*, punto 61.

internazionale<sup>31</sup>, sia la direttiva 2011/95, c.d. Qualifiche<sup>32</sup>, richiedono il rispetto dell'interesse superiore del minore e dell'unità familiare<sup>33</sup>.

Come quarto punto, la Corte utilizza il Protocollo di Palermo sul traffico di migranti, per leggere l'art. 1, par. 1 della direttiva 2002/90 in sua aderenza sotto il profilo dell'obiettivo: «criminalizzare il traffico di migranti, proteggendo al contempo i diritti dei migranti stessi»<sup>34</sup>.

Nonostante, come detto, la Corte imponga una trattazione congiunta delle due questioni sollevate, relative l'una al diritto dell'Unione e l'altra al diritto penale nazionale, specificamente a quest'ultimo sono dedicate le ultime battute della sentenza: non si vede del resto come avrebbe potuto essere altrimenti, visto che si tratta di due livelli normativi diversi e collegati. Anche qui il punto di partenza è il criterio interpretativo cui i giudici nazionali - solo loro, visto che ne è oggetto il diritto interno - sono tenuti. Si rammenti, infatti, che la norma incriminatrice italiana non esclude le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate agli stranieri dalla fattispecie di reato di facilitazione dell'ingresso in violazione delle disposizioni pertinenti.

Ebbene, per la Corte i giudici nazionali devono interpretare le disposizioni di recepimento delle direttive non solo conformemente a queste, ma anche in modo non conflittuale rispetto ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione e con i principi generali da questo riconosciuti<sup>35</sup>. Questi ultimi - sottolinea la Corte - hanno un contenuto sufficientemente preciso e chiaro, per cui se l'interpretazione della norma penale nazionale in senso conforme alla direttiva/decisione quadro non fosse possibile, si dovrebbe senz'altro procedere alla sua disapplicazione<sup>36</sup>.

La sentenza insiste infine sull'ambizione del *Facilitators Package* di definire con precisione il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>37</sup>, sicché agli Stati sarebbe precluso dotarsi di una normativa penale più stringente<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> Direttiva (UE) 2013/33 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione).

<sup>32</sup> Direttiva (UE) 2011/95 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Stati terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

<sup>33</sup> Sentenza *Kinsa*, sopra citata, punti 63-64.

<sup>34</sup> *Ivi*, punti 66-67.

<sup>35</sup> *Ivi*, punto 69.

<sup>36</sup> *Ivi*, punto 72.

<sup>37</sup> *Ivi*, punto 70.

<sup>38</sup> *Ivi*, punto 71.

In conclusione, la sentenza *Kinsa* sancisce che, grazie al combinato disposto degli articoli 7, 24 e 51, par. 1 della Carta, la direttiva 2002/90 non può essere interpretata nel senso di includere nella nozione di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, da sanzionare anche penalmente ai sensi della decisione quadro, la condotta di una persona che faccia entrare in modo illegale nel territorio di uno Stato due minori di cui sia affidataria. Quanto al diritto penale nazionale, la stessa deve essere interpretata nel senso di ostare a una norma incriminatrice che abbia ad oggetto una siffatta condotta.

4. La caratteristica saliente della sentenza *Kinsa* appare essere la scelta dei criteri di interpretazione della direttiva e la modalità del loro uso.

Come emerge dalle conclusioni dell'Avvocato generale, non mancano criteri idonei a giustificare l'interpretazione opposta a quella adottata dalla Corte. Questi non sono neppure presi in considerazione, in quanto la Corte seleziona solo i criteri che consentono una soluzione interpretativa in linea con la Carta dei diritti fondamentali.

In questi termini, la sentenza *Kinsa* appare tutt'altro che peculiare. La valutazione tuttavia cambia considerando che l'impiego dei criteri favorevoli all'interpretazione *Charter-oriented* consente di travolgere il significato letterale dell'art. 1 della direttiva 2002/90, nonché i lavori preparatori<sup>39</sup>. In particolare, la Corte punta tutto sull'indagine relativa all'*obbligo* di incriminazione, senza attribuire il minimo rilievo alla previsione della *facoltà* di non includere nell'incriminazione stessa il "favoreggiamento umanitario". Soprattutto, la Corte non sembra curarsi dell'effettiva presenza, nella direttiva, di un margine interpretativo eventualmente rinvenibile grazie a criteri di interpretazione diversi. Prova della dubbia presenza di detto margine è non solo la diversa conclusione, sul significato dell'art. 1, par. 1, lett. a), dell'Avvocato generale, ma soprattutto la legislazione degli Stati membri, orientata verso la criminalizzazione del "favoreggiamento umanitario" in attuazione del *Facilitators Package*. In esito all'orientamento preso dalla Corte, è naturale chiedersi se e quando un atto di diritto derivato dell'Unione confliggente con una disposizione della Carta possa risultare perciò invalido: infatti, la cifra dell'interpretazione *Charter-oriented* utilizzata in *Kinsa* è precisamente l'impossibilità che un atto di diritto derivato entri in conflitto con la Carta, anche se la sua formulazione letterale non offre sponde di conciliazione rispetto a essa, e, nello specifico, senza che la formulazione della

---

<sup>39</sup> Sui quali v. le conclusioni *Kinsa*, sopra citate, par. 49.

facoltà di escludere il significato disallineato rispetto alla Carta abbia alcun rilievo.

Come si evidenziava, la sentenza *Kinsa* verte non sulle condotte di “favoreggiamento umanitario” in termini generali, ma solo sulla condotta della persona che fa entrare illegalmente nel territorio di uno Stato membro dei minori a lei affidati. È dunque con esclusivo riguardo a tali condotte che la Corte esclude la presenza di un obbligo di sanzione e in particolare di incriminazione. Il metodo in essa seguito sembra però facilmente applicabile anche ad altre condotte, per cui può ritenersi che essa assesti un colpo importante alla *crimmigration*, vale a dire all’orientamento politico-giuridico per cui l’immigrazione non realizzata tramite l’ottenimento di visti e/o permessi di soggiorno preventivamente rilasciati dagli Stati membri è direttamente o indirettamente soggetta a repressione penale<sup>40</sup>.

Quanto alla legislazione nazionale, la disposizione che incrimina le condotte suddette per definizione non è aderente alla direttiva, che non estende a esse l’obbligo di incriminazione. Interessante è che la Corte sottolinei l’obbligo dei giudici nazionali di interpretare tale disposizione non solo alla luce della direttiva, ma anche della Carta dei diritti fondamentali<sup>41</sup>. Infatti, quest’affermazione cela un *obiter dictum*: la trasposizione erronea di una direttiva - tale è infatti la norma incriminatrice nazionale applicabile a tali condotte - costituisce comunque attuazione della stessa ai sensi dell’art. 51, par. 1 della Carta: diversamente, l’interprete non potrebbe utilizzare le disposizioni di quest’ultima ai fini dell’interpretazione del diritto nazionale.

Infine, si richiama l’attenzione sul fatto che la sentenza *Kinsa*, al fine di assicurare l’aderenza della direttiva rispetto alla Carta dei diritti fondamentali, neutralizza un ulteriore margine interpretativo dell’atto. Si tratta della possibilità per gli Stati membri di mantenere o adottare norme più severe sulle fattispecie penali e sulle pene. In *Kinsa*, la Corte insiste sull’ambizione della direttiva di definire «con precisione» il reato di favoreggiamento dell’immigrazione illegale<sup>42</sup>. Di conseguenza, legislazioni nazionali con maggiore attitudine repressiva non sarebbero aderenti alla direttiva/decisione quadro<sup>43</sup>. Questa interpretazione merita una riflessione perché incide sul modo in cui va inteso il carattere *minimo* che l’art. 83, par. 2 TFUE attribuisce alle

---

<sup>40</sup> Si tratta di terminologia ampiamente affermata: per tutti, v. G. L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on Crimmigration*, Hart, 2021.

<sup>41</sup> Sentenza *Kinsa*, sopra citata, punto 69.

<sup>42</sup> *Ivi*, punto 70.

<sup>43</sup> *Ivi*, punto 71.

norme delle direttive sulle fattispecie penali e sulle pene. Lo stesso sanciva l'art. 31, par. 1, lett. e) del TUE, che ha costituito la base giuridica della direttiva 2002/90. Se per carattere minimo si intende che gli Stati hanno sempre la possibilità di dotarsi di norme più severe, le disposizioni della direttiva che escludono la discrezionalità statale in tal senso sarebbero in contrasto con il diritto primario. Secondo i criteri utilizzati dalla stessa Corte proprio nella sentenza *Kinsa*, l'interpretazione di tali disposizioni della direttiva dovrebbe essere scartata, a favore di un'interpretazione *Treaty-oriented* che scavalchi gli altri criteri.

Esempi di fattispecie penali più stringenti potrebbero essere in ipotesi proprio quelle che non richiedano la finalità di lucro ovvero si estendano anche alle motivazioni umanitarie. Resta il fatto che tali fattispecie più stringenti, legittimate dal carattere minimo degli obblighi di incriminazione sanciti dal *Facilitators Package* in aderenza con il Trattato, dovrebbero pur sempre risultare aderenti alla Carta a norma dell'art. 51, par. 1. È per questa via, non per quella indicata dalla Corte, che in tal caso l'incriminazione del "favoreggiamento umanitario" ad opera degli Stati membri dovrebbe essere più opportunamente arginata. Il metodo seguito sembra infatti *prima facie* difettare di coerenza riguardo all'interpretazione in conformità con la Carta, da un lato, e con i Trattati, dall'altro.

L'alternativa è quella di rilevare che la sentenza *Kinsa* contiene un *obiter dictum* sul significato di «norme minime» di cui già all'art. 31, par. 1, lett. e) del TUE pre-Lisbona e attualmente all'art. 83 TUE.