

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2023

SUPPORTO ORGANIZZATO E SUPPORTO INDIVIDUALE A MIGRANTI NON AUTORIZZATI

INCROCIO PERICOLOSO TRA FAVOREGGIAMENTO DELLA MIGRAZIONE,
ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE, NON PUNIBILITÀ “UMANITARIA”

di Alberto di Martino

Abstract: *L'articolo, muovendo da una recente sentenza in tema di aiuto all'emigrazione fornito nel contesto di reti migratorie di supporto, affronta il tema delle attività umanitarie o solidaristiche proponendo un inquadramento giuridico diverso da quello prevalente nella letteratura giuridica. Quelle attività non sono lecite perché “scriminate” ma perché non integranti, per espressa previsione legislativa, gli estremi della fattispecie tipica di favoreggiamento dell'immigrazione (o emigrazione, nel caso concreto) non autorizzata.*

Abstract: *Drawing on a recent decision by the Court of Cassation on the crime of facilitation of irregular migration – in particular, in the context of “ethnic networks” – the article addresses the issue of humanitarian and solidarity support to migrants. Against a widespread opinion in scholarship, it argues that rescue and humanitarian actions shall be deemed legitimate because they do not amount to the constituent elements of the offence of migrant smuggling as the scope of the criminal provision explicitly excludes them.*

SUPPORTO ORGANIZZATO E SUPPORTO INDIVIDUALE A MIGRANTI NON AUTORIZZATI

INCROCIO PERICOLOSO TRA FAVOREGGIAMENTO DELLA MIGRAZIONE, ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE, NON PUNIBILITÀ “UMANITARIA”

di Alberto di Martino*

SOMMARIO: 1. Intersezioni pericolose: “reti migratorie” tra realtà sociologica e schemi di qualificazione giuridica. – 2. Il “processo agli eritrei”: supporto organizzato alla migrazione. – 2.1. Genesi dell’imputazione. – 2.2. La decisione. – 3. Osservazioni sugli elementi costitutivi del reato. – 3.1. Atti diretti a procurare: interpretazione restrittiva ed esclusione del concorso c.d. morale. – 3.2. Illiceità speciale e applicazione del diritto straniero. – 4. “Non punibilità umanitaria”, tra esegesi giudiziale e scelte legislative: spunti per ricostruire la posizione sistematica delle attività umanitarie. – 4.1. Tra esegesi limitativa delle condotte di favoreggiamento e disciplina legislativa delle attività umanitarie: inquadramento sistematico della questione. – 4.2. Non punibilità umanitaria: analisi di struttura e ambito applicativo. – 4.2.1. Non significatività della formula testuale. – 4.2.2. Condotte “umanitarie”: a) assenza di definizione e criterio identificativo generale. – 4.2.3. Condotte “umanitarie”: b) esclusioni: condotte penalmente irrilevanti a prescindere dalla previsione normativa espressa. – 4.2.4. Condotte umanitarie, fra individualità e organizzazione. – 4.2.5. Sul significato dell’aggettivo “umanitario”: brevi puntualizzazioni. – 4.3. Natura giuridica. – 4.3.1. Scriminante: osservazioni critiche. – 4.3.2. Causa scusante? Osservazioni critiche. – 4.3.3. Causa di esclusione del tipo legale? Una proposta di lettura. – 5. Condotte realizzate all’estero. – 5.1. Fatto commesso da cittadino all’estero. – 5.2. Fatto commesso da straniero (interamente) all’estero: non perseguibilità?

1. Intersezioni pericolose: “reti migratorie” tra realtà sociologica e schemi di qualificazione giuridica

Una recente sentenza della Corte di cassazione in tema di favoreggiamento dell’emigrazione non autorizzata¹ offre lo spunto per alcune riflessioni su un fenomeno sociale legato alla realtà migratoria che si rivela particolarmente problematico dal punto di vista della qualificazione giuridica: le c.d. reti migratorie ed in generale le reti sociali di supporto organizzato, ben note alla sociologia ma che sino ad ora non sembrano essere state oggetto di un’appropriata tematizzazione nella pratica² (e nella riflessione) giuridico-penale.

Si tratta di «complessi di legami interpersonali che collegano migranti, migranti precedenti e non migranti nelle aree di origine e di destinazione, attraverso i vincoli di parentela, amicizia e comunanza di origine»³: legami variamente articolati, strutturati,

* Professore ordinario di diritto penale, Scuola Superiore Sant’Anna – Pisa.

1. Cass. sez. I, 20.5-5.12.2022 n. 45963, in questa *Rivista* n. 1.2023, *Rassegna* di diritto penale; di seguito, nelle note, si citerà tuttavia la foliazione originale (= fg.) della sentenza.

2. Per riferimenti cfr. C. Caprioglio, *Il fatto non sussiste: brevi note sulla sentenza di Cassazione nel processo Agaish in tema di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, in *Quest. Giust.*, 2023, www.questionegiustizia.it/articolo/sentenza-eritrei (ultimo accesso 31.3.2023). L’Autore, ricordando le archiviazioni o assoluzioni nei processi a *Linea d’Ombra* e *Baobab*, rispettivamente a Trieste e Bologna, rileva che «quando si parla di “criminalizzazione della solidarietà”, il riferimento è quasi esclusivamente a procedimenti a carico di cittadini e attivisti italiani ed europei, impegnati in attività di soccorso in mare o a terra nell’assistenza a migranti e rifugiati. Raramente la solidarietà è evocata quando sul banco degli imputati siedono le persone migranti» (§ 6).

3. D.S. Massey, *Economic Development and International Migration in Comparative Perspective*, in *Population and Development Review*, 1988, n. 14, p. 383 ss. (396), cit. da M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, p. 46; ho potuto prenderne direttamente visione in una versione disponibile online come *Working Paper N. 1* (1989) della U.S.

organizzati che costituiscono «ponti sociali» che attraversano le frontiere. Nella letteratura sociologica il fenomeno è stato inquadrato da orientamenti teorici elaborati innanzi tutto per spiegare le origini dei flussi e le loro direzioni. Fra queste, particolarmente accreditate sono le teorie dei *network* le quali, riassumendo drasticamente, sono utilizzate al fine di spiegare «perché gli immigrati si indirizzano verso determinati paesi o località, non necessariamente in dipendenza di maggiori opportunità economiche, ma di punti di riferimento creati dall'insediamento di parenti, vicini e amici»⁴. In questa prospettiva, esse intendono spiegare la decisione di migrare come fenomeno sociale; e proprio in questo quadro sono oggetto di affinamenti ed evoluzioni, sono discusse ed incontrano limiti e critiche⁵.

Sia pure molto rapidamente val la pena accennarvi, perché – al di là della loro rilevanza nello specifico ambito disciplinare – sia le teorie appena ricordate, sia la discussione sui loro limiti, come pure le differenti opzioni teoriche che le hanno affiancate, rivestono importanza cruciale anche dal punto di vista del diritto: esse inquadrano fenomeni sociali intercettati dalle strategie di controllo e gestione del fenomeno migratorio, a loro volta realizzate con strumenti giuridici fra i quali, per quel che qui più interessa, il diritto penale è saldamente sul proscenio.

Così, in particolare, è stata osservata l'importanza di approfondire proprio «condizioni di ingresso e contesti istituzionali» che in qualche misura plasmano il fenomeno in quanto ne determinano un «relativo adattamento ai vincoli esterni» derivanti dalla regolazione politico-istituzionale, adattamento perseguito «cercando canali alternativi per aggirare le limitazioni alla mobilità: utilizzando per esempio la leva dei matrimoni combinati per sfuggire al blocco delle migrazioni per lavoro, oppure promuovendo ingressi irregolari da far emergere in occasione di qualche provvedimento di sanatoria».

Su questa stessa linea, la «teoria delle istituzioni migratorie»⁶ sottolinea il ruolo delle diverse strutture che «mediano tra le aspirazioni individuali all'emigrazione e la concreta possibilità di trasferirsi all'estero per inserirsi nel sistema socioeconomico della società ricevente»⁷; pone l'accento sulle strutture di carattere formale o informale, eventualmente anche devianti e illecite, ma non necessariamente tali: dalle imprese che reclutano all'estero alle associazioni di migranti, dai sistemi di parentela ai professionisti dell'intermediazione, agli specialisti legali o illegali del trasferimento di persone⁸.

In questo contesto emerge anche il ruolo dell'istituzioni solidaristiche e umanitarie sorte dalla società civile, volte a tutelare, accogliere, sostenere i migranti⁹ nei percorsi di inserimento, nei quali a loro volta interagiscono con le c.d. reti etniche, cioè «reti di persone che condividono una comune origine nazionale»¹⁰: quest'ultime possono avere struttura diversificata, orizzontale o verticale, con configurazione istituzionale a volta debole ed

Commission for the Study of International Migration and Cooperative Economic Development (<https://books.google.it/books?hl=it&lr=&id=bm4PAAAAAYAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=MASSEY,+Economic+Development+and+International+Migration+in+Comparative+Perspective,+in+Population+and+Development+review.&ots=JFnmonT6Y&sig=-4-396Qxph6Y7Bw5VvIfjro61mI#v=onepage&q&f=false>); ultimo accesso 17.4.2023.

4. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 47.

5. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 47 ss.

6. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 50.

7. *Ibidem*.

8. J. Goss, B. Lindquist, *Conceptualizing International Labor Migration: A Structuration Perspective*, in *Intern. Migration Rev.*, 1995, vol. 29, n. 2, p. 317 ss.

9. Specialmente, si sottolinea, quelli «più vulnerabili o ritenuti meritevoli di una particolare tutela, come i rifugiati, i minori, le donne vittime di violenze o con figli a carico»: M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 50.

10. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 50 ss.

informale, altre volte più formalizzata¹¹; dunque si manifestano con diversi gradi di coesione ed efficacia¹² e svolgono varie funzioni, dall'accoglienza alla ricerca del lavoro, dalla promozione professionale all'approvvigionamento di informazioni fino al supporto sociale nonché sostegno emotivo e psicologico e rielaborazione dell'identità culturale¹³.

Come è stato attentamente precisato, dal punto di vista sociologico

«occorre... domandarsi quale sarebbe il destino dei migranti se non potessero contare sulle reti dei connazionali. Solo ragionando in astratto possiamo immaginare un mercato del lavoro universalistico, fluido, aperto verso i nuovi arrivati, in cui ciascuno possa farsi strada in base alle sue effettive capacità. Il mercato del lavoro, e la società nel suo complesso, purtroppo non funzionano così neppure per la popolazione nativa, e tantomeno nei settori professionalmente qualificati. Se gli immigrati non potessero contare neppure sulle reti etniche, sarebbe ancora più deboli, marginali e sfruttati. Benché i legami sociali di cui dispongono li avvicinano verso posti di lavoro a basso *status* sociale e concorrono a produrre ghettizzazioni occupazionali, l'alternativa di fatto prevedibile non sarebbe un inserimento migliore più diversificato, bensì un maggiore rischio di esclusione e di caduta in circuiti illegali»¹⁴.

Questi interrogativi, come si è già accennato, hanno un riflesso importante anche sulla qualificazione giuridica di queste reti, che possiamo genericamente indicare come strutture di supporto organizzato. Per quanto qui più direttamente interessa, esse intrecciano la qualificazione giuridico-penale non certamente in modo automatico, ma senz'altro almeno in due casi: quello dell'aiuto "interessato", allorché cioè «ogni azione di sostegno si paga, dal posto letto al lavoro, all'aiuto per entrare in Italia, alla concessione di prestiti»¹⁵; e quello delle cosiddette reti devianti, cioè quelle «che reclutano connazionali come manovalanza per traffici illeciti o altri reati a scopo di lucro»¹⁶. Tuttavia, proprio questa intersezione impone anche di precisare i confini rispettivi, definendo sulla base di quali presupposti ed entro quali limiti gli schemi di qualificazione giuridica di tali multiformi fenomeni di aggregazione possano essere applicati e persino sovrapporsi a quelle realtà sociali, con la pretesa di rappresentarne di fatto l'unica cifra di lettura, o comunque quella da saggiare in via principale per spiegare il fenomeno e reclamarne la gestione in chiave repressiva.

In particolare, l'intersezione tra questa realtà sociologica e la sua qualificazione penalistica ruota innanzitutto intorno all'applicabilità della fattispecie di associazione per delinquere, cioè l'organizzazione che abbia come oggetto "sociale" la commissione di delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. In questa sede, prima e più ancora che l'aspetto strettamente tecnico-giuridico dell'applicabilità di questa fattispecie ai fenomeni appena tratteggiati, interessa tuttavia porre una più generale e preliminare questione di carattere metodologico che merita di essere discussa.

Da un lato, è ben presente agli addetti ai lavori che, rispetto alle condotte di favoreggiamento della migrazione c.d. clandestina, «nei casi più significativi non si tratta [...] di autori singoli e isolati» – anche se non è possibile escludere «in qualche caso la presenza di operatori individuali per singole attività di portata limitata» –¹⁷ ma di traffici illeciti svolti

11. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 93 ss.

12. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 94.

13. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., pp. 91-92.

14. M. Ambrosini, *ibidem*.

15. M. Ambrosini, *Sociologia*, cit., p. 102.

16. M. Ambrosini, *ibidem*.

17. V. Militello, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Milano, Giuffrè, p. 6 (anche per la citazione immediatamente precedente nel testo).

da «organizzazioni poli-criminali»¹⁸ che si strutturano in (e si avvalgono di) «diverse articolazioni operative e collaborative»¹⁹. In sostanza, il favoreggiamento è normalmente, o – se si preferisce – naturalisticamente (anche se non normativamente, cioè dal punto di vista della struttura del reato) un fatto plurisoggettivo. Inoltre, esprime di regola un fenomeno aggravato dal contributo di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, secondo la definizione normativa di reato «transnazionale»²⁰; ed anche questa caratteristica ha un indiscutibile sostrato naturalistico.

Dall'altro lato, tuttavia, è necessario segnare la differenza tra lo schema di qualificazione normativa di condotte illecite di tipo associativo e la realtà organizzata delle reti migratorie quali strutture bensì organizzate, persino transnazionali anche se radicate su un territorio, ma non per ciò stesso costituenti reato. È evidente che si tratta di un territorio di contiguità tra lecito ed illecito, ma proprio in questa pericolante incertezza di qualificazione è assolutamente necessario considerare le caratteristiche delle situazioni concrete.

Proprio per questa decisività della situazione concreta sembra importante sottolineare in via preliminare una questione metodologica di fondo e cioè, come si è accennato, la *necessità di adottare un approccio culturale avvertito della non automatica sovrapponibilità tra schema di qualificazione penale e realtà sociologica di riferimento*. Una volta chiarito che le reti in quanto tali non sono di per sé strutture associative illecite, si tratta di apprezzare, da questo specifico punto di vista penalistico, quali conseguente sistematiche ed applicative derivino per il microsistema dei delitti di favoreggiamento della migrazione non autorizzata.

La sorte delle condotte realizzate nel contesto di queste reti di supporto organizzato, d'altronde, dev'essere collegata in termini sistematici con la più generale valutazione delle attività "umanitarie" o "solidaristiche" in qualsiasi modo poste in essere, indipendentemente cioè dalla realizzazione individuale od organizzata. In effetti, com'è noto, la legge – per un verso – dedica a queste «attività» una previsione bensì oltremodo problematica (*infra*, § 5), ma certamente senza operare distinzioni circa la modalità individuale o collettiva della loro realizzazione: è l'art. 12, comma 2, TU. Per altro verso, questa previsione è stata approfondita piuttosto in relazione a quel che non comprende, alle sue lacune (in particolare le condotte di soccorso nel contesto dei salvataggi in mare), che non – in positivo – al suo contenuto ed ambito d'applicazione, quasi dati per scontati e per questo non adeguatamente definiti e, forse, neppure valorizzati.

È su questo sfondo che si staglia l'aspetto di maggior interesse della vicenda decisa dalla Corte di cassazione con la sentenza sopra ricordata. Dal punto di vista dell'oggetto specifico del processo, la sentenza scolpisce gli elementi costitutivi e, correlativamente, i limiti della repressione del "favoreggiamento dell'emigrazione" verso altri Paesi europei, confermando per il resto l'orientamento giurisprudenziale sugli elementi che compongono il favoreggiamento dell'ingresso in Italia. In realtà, a sua volta quel chiarimento discende inevitabilmente dalla necessità di qualificare in via residua condotte realizzate senza fini di lucro nel contesto di una rete migratoria organizzata essenzialmente su basi nazionali (di cittadini eritrei), quando sia venuta meno la possibilità di considerare quelle strutture come

18. Per organizzazione poli-criminale si intende quell'organizzazione, di regola transnazionale, che opera come «piattaforma di servizi criminali finalizzati ai traffici illeciti, che si occupa di diversi beni da scambiare illecitamente sul mercato, per realizzare economie (criminali) di scala, secondo forme di concentrazione tipiche dei mercati avanzati»: V. Militello, *I traffici illeciti*, cit., pp. 6-7; corsivo in originale.

19. V. Militello, *I traffici illeciti*, cit., p. 7.

20. Per questo aspetto cfr., per tutti, ancora V. Militello, *I traffici illeciti*, cit., p. 28.

illecite in quanto tali, perché l'esistenza di un'associazione per delinquere non è stata dimostrata.

Si tratta primariamente, dunque, di ridefinire i "codici di lettura" del fenomeno delle reti di supporto ai migranti, quando non sia utilizzabile lo schema di qualificazione dell'associazione per delinquere. In quest'ottica, la portata metodologica della vicenda oggetto della decisione trascende il singolo processo, le concrete lacune probatorie, la portata tecnica della *res iudicata*, e sollecita una rimeditazione complessiva della controversa rilevanza penale delle condotte solidaristiche al di là della specifica questione, che impegna la discussione giuridica e l'arena politico-mediatica, delle condotte di soccorso in mare.

In questo scritto s'intende soltanto porre le basi per avviare questa rimeditazione complessiva, senza pretendere d'offrire una visione sistematica compiutamente matura. Muovendo dall'analisi critica della vicenda concreta da cui le riflessioni prendono le mosse (§§ 2-4), si proporrà una revisione della struttura e della natura giuridica della "non punibilità solidaristica" o "umanitaria" – come preferiamo qui rinominare la c.d. scriminante umanitaria – (§ 5) nell'ottica di una ripensata centralità di essa nel contesto dell'assistenza organizzata sulla base di reti sociali stabilizzate sul territorio, e dunque nella prospettiva di un affinamento, se non proprio d'un superamento della visione che ne denuncia i limiti applicativi rispetto alle attività realizzate al di fuori del territorio dello Stato (e cioè, essenzialmente, rispetto alle vicende dei soccorsi in mare).

2. Il "processo agli eritrei": supporto organizzato alla migrazione

2.1. *Genesis dell'imputazione*

Il processo definito con la sentenza richiamata più sopra era stato instaurato nei confronti di vari imputati, in relazione a vari capi d'imputazione che possono essere riassunti nei termini che seguono.

Una prima contestazione riguardava il reato di associazione per delinquere, in quanto gli imputati si sarebbero associati al fine di commettere una serie indeterminata di delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, nei confronti di soggetti provenienti dall'Eritrea e dall'Etiopia. La condotta sarebbe in particolare consistita, per i soggetti operanti in Italia, nel formare «ulteriori cellule di collegamento che provvedevano ad intermediare con i parenti degli stranieri trattenuti in Libia ed interessati all'ingresso clandestino in Italia». Gli imputati, inoltre, «provvedevano materialmente e di persona a tutte le necessità che potessero consentire ai migranti giunti» sul territorio «quali clandestini gestiti dall'associazione, mantenendo contatti con gli stessi prelevandoli dai Centri di accoglienza, ricevendo e trasferendo il denaro» che essi consegnavano quale compenso per l'opera prestata: compiti, questi, che nella prospettiva accusatoria sarebbero stati svolti in qualità di associati e dunque costituirebbero condotte di partecipazione.

Come riconoscono già i giudici di appello, seguiti in termini pressoché identici da quelli di legittimità, il procedimento era «giunto al dibattimento di primo grado strutturato essenzialmente su un'ipotesi associativa con numerosi reati fine»²¹. Era stata ipotizzata l'esistenza di una «vastissima rete transnazionale...dedita al favoreggiamento

21. Corte assise app. Roma, sent. 26.5.2021, n. 26/21, fg. 12 della motivazione (da cui sono tratte anche le citazioni precedenti nel testo).

dell'immigrazione clandestina a fini di profitto, articolata in cellule operative che curavano la tratta dei migranti attraverso il deserto fino al raggiungimento delle coste libiche (tratta del deserto), quindi provvedevano al trasferimento di migranti in barconi fatiscenti fino alle coste italiane (tratta del mare), infine curavano il raggiungimento delle destinazioni finali indicate dai migranti, principalmente verso il Nord Europa (tratta europea)»²².

Un'altra contestazione riguardava il concorso in reato continuato di favoreggiamento di immigrazione ed emigrazione clandestina, e cioè il promuovere, organizzare, compiere in concorso, eseguendo un medesimo disegno criminoso al fine di trarre profitto, «atti diretti a procurare l'ingresso illegale in territorio italiano ed in più Stati in violazione della normativa vigente in materia di immigrazione[,] di numerosi extracomunitari clandestini privi di ogni diritto e titolo di residenza». In particolare, le attività di chi operava stabilmente sul territorio dello Stato e cooperava al trasferimento dei connazionali dai luoghi di sbarco alla capitale dello Stato e quindi verso le destinazioni europee indicate dai migranti, consistevano essenzialmente nell'acquistare biglietti per varie destinazioni del territorio dello Stato, nel provvedere a contattare i migranti appena sbarcati per eludere le procedure identificative con l'acquisizione delle impronte digitali, nell'organizzare la «fuga» dal Centro di accoglienza in cui erano accolti.

Rispetto a tutti i capi d'imputazione era inoltre contestata l'aggravante della c.d. transnazionalità, cioè l'aver commesso i fatti «avvalendosi del contributo di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato»²³.

Esclusa sin dal primo grado di giudizio l'ipotesi associativa, tuttavia, ne è derivata una "disgregazione" dei capi d'imputazione originari in ipotesi frammentate; ciò, riconosce la Corte, «impone di valutare in forma episodica e circoscritta l'azione commessa dai singoli imputati, senza poterla inserire in un quadro associativo che assegni rilievo a segmenti di condotte innestate in una più ampia azione del gruppo organizzato»²⁴.

Dal punto di vista dell'oggetto del giudizio, il processo finisce dunque con il concernere la rilevanza penale di «opere di ausilio»²⁵ rese dagli imputati in favore di connazionali, asseritamente realizzate con il fine di procurare il trasferimento degli irregolari verso altri Paesi dell'area Schengen.

2.2. La decisione

La fattispecie oggetto del processo, per "riduzione" dall'originaria imputazione, è dunque quella di cosiddetto favoreggiamento dell'emigrazione irregolare. Preliminarmente ed in termini generali la Corte richiama, aderendovi, l'orientamento secondo il quale il delitto di cui all'art. 12, co. 1. TU è integrato

«non solo dalle condotte specificamente finalizzate a consentire l'arrivo in Italia degli stranieri in posizione irregolare, ma anche da quelle, immediatamente successive, intese a garantire il buon esito dell'operazione, la sottrazione ai controlli della polizia e l'avvio dei clandestini verso la località di destinazione, nonché, in genere, da tutte quelle attività di fiancheggiamento e di cooperazione collegabili all'ingresso degli stranieri»²⁶.

22. Cass. sez. I, cit., fg. 2.

23. Art. 4, l. n. 146/2006.

24. Cass. sez. I, cit., fg. 15.

25. Cass. sez. I, *loc. ult. cit.*

26. Cass. sez. I, fg. 16, ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

La rilevanza penale delle condotte di fiancheggiamento e cooperazione collegabili all'ingresso degli stranieri (ad esempio, il trasporto fino ad una stazione ferroviaria) non deriva tuttavia dall'esistenza del solo rapporto di strumentalità. Perché il soggetto risponda di concorso nel procurato ingresso è necessario che la condotta sia non soltanto strumentale, ma anche «immediatamente successiva allo sbarco, e costitui[sca] il contributo fornito dal soggetto in Italia al successo dell'operazione che ha avuto inizio nel paese straniero da cui sono partiti gli immigrati irregolari»²⁷.

Nel caso concreto non vi è però prova che queste condotte siano state commesse; una volta venuto meno il collante rappresentato dall'ipotesi associativa, le stesse azioni che sarebbero apparse altrimenti come in esecuzione dello scopo associativo riverberano una luce del tutto diversa, e non possono essere tragguardate con le stesse lenti. In questo quadro, ingresso ed emigrazione appaiono chiaramente come situazioni distinte, considerate da due fattispecie separate, i cui elementi costitutivi sono autonomi e devono essere come tali analizzati.

Gli elementi della fattispecie di "favoreggiamento dell'emigrazione" sono quindi specificati come segue:

- a) *ingresso o comunque presenza del migrante sul territorio dello Stato italiano*, quale presupposto della condotta;
- b) commissione di condotte materiali volte a «procurare» l'ingresso nello stato estero (europeo): non sarebbero sufficienti condotte che semplicemente lo «favoriscono»;

Su questa base, sarebbe punibile la condotta di chi acquisti nell'interesse del migrante un biglietto ferroviario anche solo per un segmento di tragitto, con la consapevolezza che questo è parte di una tratta più lunga che prosegue verso l'estero. Non sarebbero però sufficienti, precisa la Corte, meri consigli perché «i consigli e le informazioni non sono funzionali a procurare l'ingresso... ma, al più, lo favoriscono»²⁸;

- c) intenzione del migrante di recarsi in quel diverso Stato;
- d) consapevolezza da parte dell'agente della destinazione all'estero del migrante, e della sua intenzione in quel senso, di cui al punto (c);
- e) finalità di procurare l'ingresso nel diverso stato europeo;
- f) illegalità dell'emigrazione verso quello Stato: si tratta di un requisito di c.d. illiceità speciale, il cui parametro è dato dalla legge straniera e non dalla normativa interna.

3. Osservazioni sugli elementi costitutivi del reato

L'esegesi della Corte produce un effetto limitativo della rilevanza penale delle condotte di favoreggiamento, consapevolmente perseguito mediante un'interpretazione rigorosa dei requisiti della fattispecie penale. Se è vero dunque che, quanto allo scopo politico-criminale, con la punizione (anche) dell'emigrazione illecita «si intende colpire – indipendentemente dal conseguimento dell'obiettivo – chi agevoli in qualunque modo un'altra persona (a prescindere dalla regolarità o meno della sua presenza in Italia) a varcare i confini di altro Stato»²⁹, l'interpretazione proposta dalla giurisprudenza di legittimità riconduce il diritto penale alla sua funzione, per l'appunto, di limite alla politica criminale, secondo una visione

27. Cass. sez. I, fg. 17.

28. Cass. sez. I, fg. 18.

29. Così Corte cost, sent. 21/2009, *loc. cit.*

classica che si ispira alla nota formulazione del penalista tedesco Franz von Liszt³⁰. Nel contesto di una strategia di penalizzazione pressoché a tappeto delle attività che ruotano intorno alla migrazione non autorizzata, in cui il diritto penale concorre a governare il fenomeno migratorio – un fenomeno ormai noto come *crimmigration*, per quanto il significato del termine travalichi questa connessione evidente –³¹ l'ancoraggio ai principi e la tensione verso interpretazioni restrittive costituisce un approccio metodologico apprezzabile, che dovrebbe avere carattere esemplare indipendentemente dalla fase del processo; dunque anche per il suo momento genetico. Una simile esigenza, ad esempio, è espressa nella versione del principio di legalità codificata nello Statuto della Corte penale internazionale, in base alla quale, in caso di ambiguità dei termini definitivi³² «la disposizione dev'essere interpretata in favore della persona sottoposta ad indagini, imputata, o condannata»³³; un "favore" che dunque deve attraversare l'intera vicenda processuale e non è affatto limitato alla fase del giudizio ed alla figura del giudice.

3.1. *Atti diretti a procurare: interpretazione restrittiva ed esclusione del concorso c.d. morale*

Con tutta evidenza, la chiara precisazione degli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell'immigrazione finisce con il costituire il principale oggetto (e merito) della sentenza; e così è stata inquadrata in effetti nei primi, puntuali commenti³⁴. Mediante interpretazione dichiaratamente restrittiva, la Corte afferma che, in primo luogo, atti diretti a procurare l'ingresso non possono consistere in un mero concorso morale (ad esempio, fornire informazioni e consigli). Il concorso morale potrebbe risolversi soltanto in un'agevolazione, o facilitazione, ma non in una condotta rilevante alla stregua della fattispecie tipica, perché per l'appunto non sarebbe diretta a procurare l'emigrazione. Il verbo "procurare" è dunque inteso in senso restrittivo; per quanto i giudici si limitino ad evocare la pregnanza del lemma senza ulteriormente soffermarsi sul punto e dunque senza offrire una definizione esplicativa, l'affermazione è del tutto corretta. Chi scrive ha avuto modo di sottolineare altrove che questo verbo dev'essere inteso, secondo l'uso corrente della lingua italiana, come più pregnante che non il mero causare³⁵: esso significa specificamente

30. Nell'ambito di una bibliografia sterminata, cfr. a mero titolo d'esempio, per un'agile rilettura ed "attualizzazione", F. Schiaffo, *Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale*, in *Cultura giurid. e dir. vivente*, vol. 8, 2021, p. 1 ss.

31. Ancora utile per fare il punto sulle questioni evocate dalla categoria è il volume collettaneo di M.J. Guia, M. van der Woude, J. Van der Leun (eds.), *Social Control and Justice. Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven Int'l Publishing, The Hague, 2013 (ove la presentazione introduttiva da parte di colei alla quale si deve il conio del termine di "crimmigration": J.P. Stumpf, p. 7 ss.). Di rilievo è il lavoro di A. Aliverti, *Crimes of Mobility. Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Routledge, Abingdon, 2013 (specialmente interessata al fenomeno della «conversione formalizzata» delle violazioni di diritto amministrativo dell'immigrazione in delitti, ed alla sua messa in opera: *passim* e ad es. pp. 3-8, 60-61). Cfr. di recente i saggi contenuti in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

32. Non c'è dubbio che la locuzione "altri atti diretti a procurare" l'ingresso sia intrinsecamente elastica, o del tutto vaga.

33. Art. 22, co. 2, secondo periodo, dello Statuto di Roma: «In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted».

34. C. Caprioglio, *op. cit.*

35. Sia consentito rinviare ad A. di Martino, *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione della migrazione irregolare. Noterelle di sociologia della comunicazione giudiziaria*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, p. 13. Per vero, l'idea di causazione rientra nella sfera semantica del termine; tuttavia, anche indulgiando su questo piano, il contesto d'uso (quel che

“ottenere”, “far avere”, “fare in modo che qualcosa si faccia, si compia, si verifichi”, “impegnarsi per la realizzazione di un dato scopo”; non significa semplicemente cagionare un evento.

Correlativamente, l’atto «diretto» deve essere caratterizzato da un’analogia pregnanza lessicale: è tale, pertanto, quello legato da un’immediata funzionalità strumentale all’abbandono del territorio dello Stato; ciò che il consiglio non sarebbe idoneo a realizzare. Diversamente, altre attività di assistenza materiale potrebbero esserlo, ovviamente se strumentali a realizzare il progetto migratorio del migrante favorito e sorrette dal corrispondente elemento soggettivo.

3.2. *Illiceità speciale e applicazione del diritto straniero*

Il requisito dell’illegalità dell’emigrazione verso lo Stato estero (europeo) è di particolare interesse teorico e pratico, quale rara ipotesi di necessaria applicazione diretta del diritto straniero in materia penale. Che il giudice investito della giurisdizione non applichi il diritto straniero è una conseguenza comunemente derivata dalle disposizioni del codice penale che stabiliscono il principio dell’obbligatorietà della legge italiana sul territorio e più esplicitamente ancora, se ve ne fosse bisogno, l’applicazione della (sola) legge italiana ai fatti commessi su questo territorio³⁶.

Su questa base, come analizzato altrove più in dettaglio³⁷, è affermazione ricorrente nella cultura penalistica italiana che vi sia coincidenza fra potestà punitiva e applicazione del diritto nazionale. Tuttavia, quella fra potestà punitiva e applicazione della legge penale nazionale non è una correlazione ontologica. In astratto, è possibile che la potestà punitiva sia “attivata” mediante l’esercizio della giurisdizione del giudice penale, ma questi non sia chiamato ad applicare la sola legge nazionale bensì una legge straniera, o entrambe³⁸. Per via della correlazione fra sovranità e diritto penale³⁹, ad ogni modo, la coincidenza fra giurisdizione e diritto applicabile è tendenzialmente assoluta: di regola, gli ordinamenti prevedono al più la “presa in considerazione” del diritto straniero, cioè una forma di

in inglese è la *collocation*) di quest’accezione più lata è diverso, quale sinonimo di “arrecare” o “provocare” postulando in tal caso, piuttosto che un evento, una relazione espressa dal complemento di termine: arrecare, provocare qualcosa a qualcuno (arrecare danni, procurare inimicizie, ecc.).

36. Come è noto, si tratta degli artt. 3 e 6, comma 1, c.p. È discusso se le disposizioni abbiano davvero diverso contenuto. Lo esclude ad es. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 2020⁹ (ed. riveduta e aggiornata da V. Militello, M. Parodi Giusino e A. Spena), p. 160 ss.

37. A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

38. Ad esempio, prima della riforma del 2002, l’ordinamento svizzero prevedeva che nel caso di fatto commesso all’estero dovesse essere applicato il diritto straniero se più favorevole (per quanto la sanzione dovesse comunque essere determinata fra quelle previste dal diritto svizzero). Riferimenti in A. di Martino, *La frontiera*, cit., p. 29 in nt. 83.

39. La relazione fra diritto penale e sovranità è largamente condivisa; in prospettiva comparatistica cfr. M.D. Dubber, *Comparative Criminal Law*, in M. Reimann, S. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, O.U.P., 2006, p. 1287 ss. (1288). Questa relazione spiega il persistente, anche se problematico, carattere «parochial» del diritto penale: aspetto, questo, sottolineato ad esempio, fra le opere di carattere comparatistico, da M.D. Dubber, *Criminal Law in Comparative Context*, in *Journ. of Legal Education*, 56, 2006, p. 433 ss.; K.J. Heller, M.D. Dubber, *Introduction: Comparative Criminal Law*, in Eid. (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 2011, nel testo al richiamo della nota 2. Cfr. anche L. Farmer, *The Making of the Modern Criminal Law*, Oxford, O.U.P., 2016, specialmente il cap. IV in tema di genesi ed evoluzione del concetto di *jurisdiction* e sul correlato concetto di “territorio”;

applicazione mediata e indiretta di esso nel diritto nazionale⁴⁰. In tal senso, ipotesi di applicazione del diritto di uno Stato estero restano sostanzialmente estranee all'esperienza giuridico-penale, non soltanto italiana.

Se è chiaro, dunque, che si tratti di un caso inedito di applicazione del diritto non nazionale, come la stessa Corte costituzionale riconosce⁴¹, ne deriva la duplice conseguenza che: a) se il soggetto, come nel caso deciso dalla Cassazione, aveva diritto a recarsi all'estero, il fatto non sussiste, e la formula terminativa sarà dunque quella di cui al primo comma dell'art. 530 c.p.p.; b) la mancata individuazione del Paese dove il migrante intende recarsi si traduce nella mancanza di prova d'un elemento del fatto tipico (art. 530 co. 2 c.p.p.): un ostacolo semplicemente fattuale ad applicare la fattispecie incriminatrice.

4. “Non punibilità umanitaria”, tra esegesi giudiziale e scelte legislative: spunti per ricostruire la posizione sistematica delle attività umanitarie

4.1. Tra esegesi limitativa delle condotte di favoreggiamento e disciplina legislativa delle attività umanitarie: inquadramento sistematico della questione

L'interpretazione restrittiva adottata dalla Corte di cassazione, come si è visto poc'anzi, porta ad escludere dalla fattispecie le condotte di aiuto ed assistenza che si limitino al concorso morale cioè ad un soccorso, ad un'assistenza che non si traduca in atti materiali. Ma sarebbero escluse, in base a questa stessa interpretazione, anche condotte materiali di supporto che, per qualsiasi ragione, non siano oggettivamente e soggettivamente funzionali all'emigrazione verso l'estero; tale conclusione è destinata dunque a mutare se quelle condotte siano direttamente strumentali a procurare l'ingresso nel Paese estero⁴².

L'effetto limitativo si produce pertanto, come già sottolineato, solo rispetto alle condotte di concorso morale; non consente di per sé, tuttavia, di escludere dall'ambito della fattispecie tipica le condotte materiali di aiuto all'emigrazione realizzate senza fine di lucro, sia che si tratti di supporto prestato individualmente e in modo occasionale, sia se di carattere organizzato ma comunque al di fuori di una struttura organizzativa intrinsecamente illecita. La sorte di queste è affidata all'interpretazione di una previsione diversa, quella comunemente designata come “scriminante umanitaria”: «fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato» (art. 12, comma 2 TU).

40. Come altrove approfondito, peraltro, i termini del rapporto fra diritto penale nazionale e fonti straniere sono più complessi di quanto rappresentato dal constatare una normale corrispondenza fra giurisdizione ed esclusiva applicazione del diritto nazionale. Si pensi al caso del rapporto fra diritto nazionale e sovranazionale, e specialmente alle ipotesi di incidenza integratrice da parte del secondo: ai casi, cioè, in cui la disciplina sovranazionale è richiamata da elementi normativi giuridici, o la norma interna sanziona regolamenti europei, o precetti di fonte europea comportano la disapplicazione di precetti interni incompatibili. Cfr. A. di Martino, *La frontiera*, cit.

41. Così Corte cost. 26.1-30.1.2009, n. 21, § 5: «L'eventualità... che, stante la configurazione della fattispecie come delitto a consumazione anticipata, lo stato di destinazione del migrante clandestino non risulti individuabile con certezza, rappresenta una difficoltà di mero fatto nell'applicazione della norma. In effetti, ove persistesse un insuperabile dubbio sulla identificazione di detto stato e, con essa, sul carattere illegale o meno dell'emigrazione favorita, il favoreggiatore dovrebbe essere evidentemente assolto».

42. Nel caso deciso dalla Corte nella sentenza citata l'assoluzione dipende dalla mancanza di prova circa questa strumentalità, per le ragioni esposte più sopra, nel testo, § 2. Ma si tratta appunto di una questione di mero fatto.

La disposizione anticipa, per così dire, nell'ordinamento interno la previsione autorizzativa che sarà prevista dalla direttiva UE 2002/90 (art. 1, para. 2), secondo la quale «ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata»⁴³.

Come rilevato dai commentatori, questa clausola di esenzione da responsabilità sarebbe apprezzabile in linea di principio per l'intento di evitare che condotte di soccorso e assistenza umanitaria incorrano in responsabilità penale. Ma la formula testuale cui ricorre il legislatore nazionale, limitando la portata dell'enunciato ai fatti commessi sul territorio nazionale e nei confronti di stranieri già presenti, «ha finito per restringerne il campo di applicazione al punto da renderla non solo scarsamente utile, ma anche [...] illegittima per violazione del canone di uguaglianza-ragionevolezza»⁴⁴: la diversità di trattamento fra condotte umanitarie realizzate sul territorio e condotte realizzate al di fuori di questo sarebbe priva di ogni ragionevole giustificazione.

L'attenzione degli interpreti (e degli operatori) si è quindi concentrata sulla critica dei limiti territoriali alla previsione e sulle strategie volte ad aggirarli od eliminarli: mediante applicazione analogica⁴⁵, o interpretazione logico-sistematica costituzionalmente orientata⁴⁶, oppure ancora suggerendo – in ragione dell'intenzionalità della lacuna – di sollevare questione di legittimità costituzionale⁴⁷.

Pur diverse, queste proposte muovono pur sempre dalla condivisione d'un triplice presupposto di fondo:

- a) che si tratti di una causa di giustificazione speciale, che scrimina comportamenti i quali costituirebbero reato;
- b) che l'ambito di tale giustificazione, per previsione letterale della legge, sia limitato alle condotte commesse sul territorio dello Stato e nei confronti di soggetti già lì presenti⁴⁸;
- c) che, conseguentemente, la scriminante non si applichi ai fatti commessi all'estero ed in particolare alle operazioni di salvataggio in mare (specialmente da parte di organizzazioni non governative).

Una considerazione dettagliata di quest'ultimo aspetto (di cui alla lett. c) fuoriesce dai limiti di questo lavoro, per quanto debba essere sin d'ora precisato che il problema della

43. L'art. 1 lett. a) richiamato dalla disposizione riportata nel testo stabilisce che ciascuno Stato membro stabilisce sanzioni appropriate «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri».

44. Così, perspicuamente, 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 *Dir. pen. contemp.*, 2020, p. 163.

46. Ad es., A. Caputo, *I reati in materia di immigrazione*, in F. Palazzo, C.E. Paliero (dir.) *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, IX. *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* (a cura di A. Caputo e G. Fidelbo), Torino, Giappichelli, 2012, pp. 92-94 (93). In senso contrario, ad es., S. Zirulia, *Non c'è smuggling*; S. Bernardi, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, p. 143. Sulla questione, contrario all'applicabilità analogica, v. anche S. Orlando, *Il traffico di migranti nel Mediterraneo: validità della legge penale e tutela della persona*, in *I traffici illeciti*, cit., p. 219 ss. (p. 249); in quest'ultimo contributo cfr. anche, per riferimenti comparatistici, le pp. 229-236 e, specificamente sulle regole di applicazione extraterritoriale, pp. 250 ss.

47. S. Perelli *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?*, in *Quest. giust.*, 31 marzo 2018, M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Quest. giust.*, 16 marzo 2018; ultimo accesso 17.4.2023.

48. S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., pp. 163-167.

49. Con la precisazione che vi è compreso il c.d. *territoire flottant*, cioè le navi battenti bandiera italiana: cfr. S. Zirulia, *Art. 12*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (dir.), *Codice penale commentato*, Milano, IPSOA, 2021⁵, vol. IV (coord. A. Galluccio, M.C. Ubiali), p. 1491 ss. (p. 1563, nr. Marg. 102).

responsabilità concerne soltanto la fase, successiva alle operazioni di salvataggio in senso stretto⁴⁹, in cui si tratta di decidere dove sbarcare i soggetti salvati: è l'unica fase dell'operazione SAR davvero problematica dal punto di vista delle conseguenze giuridiche delle azioni degli operatori umanitari (del comandante di nave in particolare), anche se la non punibilità sembra davvero fuori discussione e si tratta soltanto di stabilirne il fondamento sul piano sistematico⁵⁰. Si tratta quindi di un'ipotesi del tutto particolare, la cui trattazione potrebbe beneficiare di un chiarimento generale su struttura, ambito e natura giuridica dell'istituto in esame, che assume pertanto carattere preliminare: non il problema del soccorso all'estero ed in mare si deve ribaltare sull'interpretazione della disposizione, ma piuttosto il contrario.

Sembrano rimasti in ombra, un po' paradossalmente, gli elementi costitutivi della previsione di non punibilità. Invero, si ha l'impressione che affrontare in primo luogo la questione della natura giuridica finisca con l'indurre a ritagliare gli stessi contorni della condotta per differenza specifica rispetto alla scriminante generale dello stato di necessità. Una struttura definita dunque in modo derivativo e, per così dire, residuale, con una sostanziale inversione metodologica forse rimasta inavvertita. Peraltro, la stessa questione della natura giuridica è apparsa di agevole (o non troppo difficile) soluzione, pilotata verso l'approdo sistematico delle cause di giustificazione da un triplice argomento, lessicale, sistematico, di *ratio*; ma non è mai stata realmente messa in discussione.

L'importanza sistematica e pratica di questa disposizione nel complesso dei delitti di agevolazione dell'immigrazione irregolare suggerisce tuttavia di ripensare ed approfondire proprio questi aspetti.

4.2. *Non punibilità umanitaria: analisi di struttura e ambito applicativo*

La non punibilità – designeremo per ora così, in senso atecnico, l'espressione legislativa «non costituiscono reato» – è l'effetto di una previsione legislativa che assume come oggetto condotte – «attività» – indicate come «soccorso» e «assistenza umanitaria». Si deve notare, in primo luogo, che tali condotte sono menzionate ma non definite. Il primo compito che spetta all'interprete è dunque quello d'identificare l'oggetto di questa previsione, stabilire cioè in che cosa consistano quei comportamenti; solo successivamente ci si potrà interrogare sulla natura giuridica dell'esenzione da pena.

50. L'obbligo di prestare assistenza a chi è in situazione di pericolo in mare è parte del diritto internazionale consuetudinario ed è stato codificato in strumenti internazionali ben noti, quali la convenzione UNCLOS, la Convention for the Safety of Life at Sea (c.d. SOLAS, 1974) e la International Convention on Maritime Search and Rescue (c.d. SAR, 1979): cfr. per tutti A.T. Gallagher, F. David, *The International Law of Migrant Smuggling*, C.U.P., Cambridge, 2014, p. 83 ss.; pp. 443-464.

51. Fondamentale per approfondimento e chiarezza il lavoro di A. Spena, *Smuggling umanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1859 ss. e spec.; cfr. inoltre C. Pitea, S. Zirulia, "Friends Not Foes": *qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in <http://www.sidiblog.org/2019/07/26/friends-not-foes-qualificazione-penalistica-delle-attivit -delle-ong-di-soccorso-in-mare-alla-luce-del-diritto-internazionale-e-tipicit -della-condotta/> (ultimo accesso: 21.3.2023); L. Masera, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. Giust.*, 2018.1, reperibile online (<https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-incriminazione-deisoccorsi-inmare-dobbiamo-rassegnarci-aldisumano-549.php>; ultimo accesso 17.4.2023).

4.2.1. *Non significatività della formula testuale*

La previsione di non punibilità si impernia, come si è detto, su due elementi: la menzione espressa di due tipologie di condotte non meglio definite – soccorso e assistenza umanitaria – e la dichiarazione che «non costituiscono reato».

È innanzi tutto opportuno premettere alle osservazioni che seguono un rilievo preliminare. La formula lessicale prescelta, per quanto anch'essa – come si vedrà – valorizzata dagli interpreti⁵¹, non è di per sé significativa della natura giuridica; le formule usate per esprimere la non punibilità sono le più varie, non rispondono a consapevoli scelte legislative, e comunque non potrebbero di per sé vincolare l'interprete⁵². Certamente non si potrebbe accordare un rilievo ermeneutico risolutivo all'uso di una formula evocativa di quella processuale assolutoria (il fatto non costituisce reato), non foss'altro perché quest'ultima dovrebbe essere la conseguenza della ragione di non punibilità identificata dal punto di vista sostanziale e non può essere, all'opposto, un argomento per decidere di quest'ultima.

4.2.2. *Condotte “umanitarie”: a) assenza di definizione e criterio identificativo generale*

Ma il nucleo davvero problematico della struttura – è il secondo aspetto – riguarda, a ben vedere, proprio il concetto di soccorso e assistenza umanitaria. Poiché, lo si è detto, non ne è fornita una definizione, dobbiamo in primo luogo ripiegare su un diverso criterio identificativo, indiretto o (se si preferisce) funzionale: in tanto ha un significato dichiarare che quelle attività non costituiscono reato, in quanto il legislatore consideri che si tratti di quelle stesse attività che, in assenza dello scopo “umanitario”⁵³, sarebbero per l'appunto punibili, evidentemente in quanto sussumibili in una delle condotte vietate dal sistema d'incriminazioni di riferimento: dunque, promuovere, dirigere, organizzare, finanziare, effettuare trasporto di stranieri; compiere altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso. Soccorso e assistenza, pertanto, devono esser considerate come forme di manifestazione concreta di quelle condotte tipiche.

Diversamente da quanto affermato talvolta nella letteratura specializzata⁵⁴, non potrebbero venire in considerazione a questi fini le fattispecie incriminatrici che prevedono il dolo specifico di profitto, perché quest'ultimo è logicamente incompatibile con la finalità umanitaria. Il che equivale ad osservare che *ospitare stranieri irregolari senza scopo*

52. Per i necessari riferimenti cfr. S. Zirulia, *Art. 12*, cit., p. 1563.

53. Da ultima, specificamente sulla “non punibilità”, cfr. L. Ferla, *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Milano, Jovene, 2022, alla quale si richiama per la citazione della letteratura precedente; per un quadro concettuale del tema generale della punibilità, con diversi orientamenti, ritengo tuttavia di dover ricordare espressamente almeno G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, in G. Cocco, E. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale*, Milano, Cedam-Kluwer, 2017; G. De Francesco, *Punibilità*, Torino, Giappichelli, 2016, spec. i rilievi introduttivi e il cap. 1; altri lavori che pur prendono in considerazione la categoria si occupano di manifestazioni più specifiche qui non rilevanti: cfr. ad esempio sulla non punibilità sopravvenuta E. Squillaci, *Le moderne cause di non punibilità ‘sussequente’ nel sistema penale. Un tentativo di normalizzare l'ipertrofia del diritto penale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016; E. Penco, *Soglie di punibilità ed esigenze del sistema*, Torino, Giappichelli, 2023.

54. Di «scopo di prestare assistenza umanitaria» parla la direttiva 2002/90, come ricordato sopra nel testo.

55. Ad es. S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., 164, nel testo al richiamo della nt. 108. Id., *Art. 12*, cit., dove si rileva che la soluzione nel senso di giustificare queste condotte sarebbe più favorevole rispetto a quella di ritenerle tipiche ma non punibili per difetto di colpevolezza. Su questo aspetto cfr. tuttavia quanto si espone nel testo sulla non tipicità di queste condotte. Nel senso del testo cfr. invece A. Spena, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. Militello, A. Spena, A. Mangiaracina, L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti*, cit., p. 154.

di lucro, per finalità umanitaria, non può costituire a nessun patto condotta penalmente rilevante alla stregua dei delitti di favoreggiamento, perché il dolo specifico sarebbe escluso per definizione.

In altri termini, indipendentemente dall'assenza di una definizione in positivo delle condotte, quel che si può affermare in prima istanza è almeno che devono corrispondere tipologicamente ad una di quelle punibili, salva – come si è appena detto – la compatibilità ontologica; altrimenti la previsione di non punibilità diventa incomprensibile.

Se soccorso ed assistenza, infatti, fossero concepite come atti autonomi, la previsione avrebbe natura bifronte: ne stabilirebbe per la prima volta la tipicità – non sono infatti menzionate nelle fattispecie incriminatrici – ma al solo fine di escluderne la punibilità. In assenza di apposita definizione, si tratterebbe tuttavia di una tipicità evanescente, che ruota intorno al solo requisito della finalità umanitaria; parimenti indeterminato sarebbe l'ambito della non punibilità. Beninteso, non è detto che quest'ultima sia per forza una conseguenza negativa, dato che qualunque attività sorretta da scopo umanitario sarebbe non punibile. Ma il *rischio* di questa interpretazione è un altro: quello di *postulare la punibilità in astratto di condotte che invece, per loro natura, non sarebbero affatto suscettibili nelle condotte tipiche di agevolazione, e dunque non avrebbero nessun bisogno di essere considerate "non punibili"*. La previsione che esse non costituiscono reato sarebbe dunque inutile; ma l'interpretazione è pericolosa perché veicola l'idea che invece quella dichiarazione sia necessaria, perché in sua assenza le condotte sarebbero tipiche *in quanto tali*.

In realtà – come appena affermato – proprio per l'assenza di una definizione astratta è più corretto ritenere che quelle attività non siano da intendere come "forme tipiche", ma per l'appunto soltanto come forme di manifestazione concreta delle condotte tipiche. Sono dunque umanitarie, ai fini del giudizio che «non costituiscono reato», quelle condotte le quali, corrispondenti in termini puramente obiettivi a quelle punite a titolo di favoreggiamento della migrazione, sono tuttavia sorrette da quella specifica finalità, purché commesse in Italia e a favore di soggetti già presenti «comunque» sul territorio.

4.2.3. Condotte "umanitarie": b) esclusioni: condotte penalmente irrilevanti a prescindere dalla previsione normativa espressa

Ne deriva, innanzi tutto, che si deve escludere la rilevanza penale di comportamenti che a nessun patto potrebbero rientrare nella tipologia delle condotte descritte in astratto dalla fattispecie incriminatrice. Ad esempio, curare le ferite di chi attraversa, o ha attraversato, a piedi chilometri di strada (comportamenti di soccorso); offrire cibo o acqua a chi arriva stremato⁵⁵; offrire riparo per la notte; ma anche offrire gratuitamente ospitalità (comportamenti di assistenza)⁵⁶.

L'unica tra le "sottofattispecie" del favoreggiamento che potrebbe esser sospetta di potersi riferire a tali comportamenti è quella del compimento di atti diretti a procurare l'ingresso. Ma questa riferibilità è da escludere, perché quelle condotte non sono

56. Sono condotte di soccorso secondo A. Caputo, *op. e loc. cit.* Nell'ottica di quanto esposto nel testo, in questo caso è indifferente ascrivere la condotta concreta all'una o all'altra tipologia di condotta.

57. Riproduco alcuni esempi formulati in F. Curi, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, n. Aa. Vv., *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processuapenalistici*, Torino, Giappichelli, 2021², p. 175. Quanto all'offrire ospitalità gratuita, è già stato qui precisato nel testo che il fatto non potrebbe essere rilevante come agevolazione della permanenza, per mancanza del dolo specifico di profitto.

immediatamente dirette a procurare l'ingresso, bensì alla cura della persona, che in tal modo sarà al più agevolata nel suo percorso (ma l'eventuale consapevolezza e persino adesione intima mai potrebbe rilevare penalmente, pena la lesione del principio di materialità, collocandosi al più nella sfera dei motivi). L'intenzione soggettiva di prestare assistenza non è compatibile con quel particolare atteggiamento soggettivo che connota la direzione degli atti. D'altro canto, si è già ampiamente visto che la stessa giurisprudenza di legittimità esclude che le condotte di mera agevolazione siano comprese nel concetto di «procurare» ingresso.

Si tratta dunque di condotte certamente atipiche (per la *Natur der Sache*, verrebbe da dire, cioè per loro intrinseca natura) rispetto al delitto di favoreggiamento della migrazione, per le quali sarebbe inaudito anche soltanto pensare alla necessità d'affermare espressamente che non costituiscono reato.

Talvolta è stato sollevato il tema della possibile imputazione a titolo di dolo eventuale⁵⁷; ma si tratta di un'impostazione fuorviante. La responsabilità a titolo di dolo eventuale presuppone pur sempre che sia realizzata una condotta tipica: situazione che, per quanto detto, dev'essere in questo caso esclusa, al di là dell'ulteriore questione della compatibilità di questa forma di dolo con i reati a consumazione anticipata.

La rilevanza penale di queste condotte potrebbe essere "recuperata" considerandole – se le circostanze lo consentono –⁵⁸ come condotte di concorso nel reato di migrazione clandestina di cui all'art. 10-*bis* TU; ma c'è da chiedersi se in tal caso non venga meno il dolo di concorso. Questo si compone, per insegnamento indiscusso, non soltanto della consapevolezza del fatto commesso dagli altri concorrenti (i migranti) – che in questo caso sussisterebbe –, ma anche della coscienza e volontà di cooperare nel fatto illecito del concorrente, che invece deve essere esclusa perché appunto incompatibile con la finalità umanitaria.

Quest'ultima potrebbe tuttavia non essere unica, oppure non prevalente, ed allora il dolo di concorso non potrebbe essere escluso; in tal caso, la dichiarazione di non punibilità avrebbe allora la funzione di escludere la punizione a questo titolo (concorso nel reato di immigrazione).

4.2.4. *Condotte umanitarie, fra individualità e organizzazione*

Resta da comprendere se, ed eventualmente entro quali limiti, possano esser considerate soccorso o assistenza umanitaria le attività di aiuto all'emigrazione di soggetti in condizione di bisogno, quando siano sorrette dalla finalità umanitaria, e – inoltre – se abbia una qualche rilevanza ch'esse siano realizzate individualmente ed in modo occasionale oppure in modo strutturato e dunque "ripetuto".

Preliminarmente, è necessario stabilire se la locuzione legislativa esprima un'endiadi, cioè l'uso di due lemmi diversi per esprimere uno stesso concetto, oppure se si tratti di condotte distinte. Nel silenzio del legislatore, sembra tuttavia preferibile la seconda opzione. Per *condotte di soccorso* si potrebbero intendere quelle che consistono nella prestazione di un aiuto urgente a chi ha bisogno di cura; in sostanza il soccorso sarebbe sempre

58. Per riferimenti giurisprudenziali e di letteratura, cfr. S. Zirulia, *Art. 12*, cit., p. 1524 ss., nr. marg. 40.

59. Se ad esempio l'assistenza è fornita a straniero già presente, il concorso nell'ingresso è giocoforza da escludere, e sulla base di quanto già detto non è configurabile il favoreggiamento della permanenza; se è prestata subito dopo uno sbarco, non sussiste comunque il nesso di strumentalità, che si deve aggiungere a quello di contiguità temporale richiesto dalla giurisprudenza al fine di configurare il favoreggiamento dell'ingresso.

obiettivamente, prima ancora che soggettivamente, un atto umanitario⁵⁹. *Condotte di assistenza* sarebbero tutte le altre, non definibili *a priori* se non per il contributo di supporto in qualsiasi modo fornito al migrante⁶⁰; e sarebbero umanitarie – soggettivamente umanitarie, dunque – se sorrette da quello scopo.

Ancora, si deve osservare che soccorso e assistenza possono avere senz'altro carattere non soltanto morale ma anche materiale. Così interpretata, la disposizione può dispiegare un potenziale applicativo non trascurabile, a dispetto dei limiti territoriali comunemente lamentati. Se, come si è già visto, secondo i giudici di legittimità le condotte di concorso morale sono comunque atipiche, non costituiscono reato neppure quelle materiali se sorrette da scopo umanitario. In tal senso, ad esempio, l'aiuto all'emigrazione nei confronti di soggetti in condizioni di bisogno, presenti sul territorio e per finalità umanitarie, non costituisce reato per espressa disposizione di legge.

Su questo sfondo si deve anche reinterpretare l'avverbio modale apposto alla presenza: stranieri «comunque» presenti. Che non possa essere inteso come riferibile ai soggetti appena arrivati irregolarmente sul territorio resta affermazione non adeguatamente motivata. In realtà, *se l'aiuto è prestato in contiguità temporale con l'ingresso irregolare ma al di fuori di un preesistente accordo relativo all'ingresso medesimo*, la punibilità alla stregua dell'art. 12 TU sarebbe in ogni caso da escludere, perché l'ingresso è già avvenuto altrimenti e il soggetto favorito è per l'appunto «comunque» presente sul territorio (diversamente da quanto è disposta ad ammettere la Corte di cassazione, che invece, come si è visto, ne afferma la punibilità in caso di vicinanza temporale). Tuttavia, si potrebbe teoricamente affermare l'astratta rilevanza penale non a titolo di concorso nell'ingresso o come atto diretto a procurarlo, ma come favoreggiamento personale⁶¹ dell'autore del reato di cui all'art. 10-bis.

Se poi *l'aiuto nell'immediatezza dell'ingresso, sempre al di fuori di un preesistente accordo, consiste nell'avviare la persona verso l'estero per ragioni umanitarie*, si applicherebbe comunque la disposizione del TU nella specie del favoreggiamento della (sola) emigrazione.

A fronte di queste due situazioni, proprio perché se ne ammette la corrispondenza astratta a fattispecie incriminatrici, la disposizione che esclude il reato servirebbe ad *affermare in entrambi i casi la non punibilità*.

4.2.5. Sul significato dell'aggettivo “umanitario”: brevi puntualizzazioni

Se quanto sino ad ora esposto concerne la struttura delle condotte di soccorso ed ausilio, in ombra è rimasto il significato da attribuire all'aggettivo “umanitario”; aggettivo curiosamente ripetuto in modo irriflesso, cioè come se la sua dimensione semantica possa

60. A. Caputo, *op. cit.*, 93, afferma che l'attività di soccorso «descrive una connotazione oggettiva della condotta scriminata», e vi ascrive a titolo d'esempio l'intervento sanitario o di prestazione alimentare. Diversamente, l'assistenza umanitaria è connotata anche dall'atteggiamento interiore. Resta la necessità di riconoscere che non si tratta di definizioni, e che il compito di identificare il tipo di condotta è rimesso all'opera dell'interprete. Quanto agli esempi adottati dall'Autore, sono per chi scrive – piuttosto – condotte certamente atipiche, e non già tipiche ma scriminate o comunque non punibili per effetto della disposizione in esame.

61. Supporto materiale, se si dà per acquisito l'orientamento giurisprudenziale che esclude comunque la rilevanza delle condotte di assistenza morale.

62. L'art. 378 c.p., per la parte che rileva nella situazione che ci occupa, punisce con la pena della multa fino a € 516 chiunque, dopo che fu commessa una contravvenzione e fuori dei casi di concorso nella stessa «aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità... o a sottrarsi alle ricerche effettuate».

essere considerata in qualche misura ovvia. L'esperienza comparata, pur nota, mostra invece che possono essergli attribuiti vari significati, e a seconda dei casi le conclusioni sulla punibilità sono destinate a mutare.

Così, ad esempio, il *Conseil constitutionnel* francese ha affermato che devono esser considerate tali solo le condotte mosse da finalità esclusivamente umanitaria; ne deriva che non possono esser considerate tali le condotte mosse da intento «militante» o «politico»⁶². Ma si tratta di affermazione controvertibile. Affermare l'azione umanitaria e la sua liceità può esser precisamente il contenuto di un "atto politico", di una posizione "militante" proprio in quanto affermi la necessità generale, di sistema, dunque "politica" della "solidarietà".

Solo le condotte di soccorso, in base a quanto precisato, dovrebbero essere sempre incondizionatamente lecite, perché anche "obiettivamente umanitarie"; per quelle di assistenza si dovrebbe distinguere, come accade in alcuni ordinamenti⁶³, fra quelle il cui scopo prevalente è umanitario, e quelle in cui prevalgano altri scopi. Si può immaginare come questa distinzione ponga problemi di accertamento in concreto: da un lato, con rischio di arbitrio (i giudici sarebbero chiamati ad operare difficili valutazioni sul foro interno, o discutibili bilanciamenti di "peso relativo" fra motivazioni tutte compresenti); dall'altro, lasciando vie di facile elusione (gli imputati che non vogliono esibire intenzionalmente la rivendicazione politica potrebbero facilmente allegare in modo puramente strumentale l'intento umanitario). Ma si tratta di una questione di mero fatto che dev'essere risolta inevitabilmente caso per caso.

4.3. *Natura giuridica*

Quanto all'ulteriore, diverso profilo della natura giuridica della non punibilità – con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di elemento soggettivo, errore, concorso di persone –, essa è pacificamente ritenuta una causa di giustificazione speciale; è ormai invalsa nell'uso proprio come "scriminante umanitaria". Tuttavia, anche questo aspetto merita di essere riconsiderato.

4.3.1. *Scriminante: osservazioni critiche*

Gli argomenti addotti a favore della natura scriminante sono essenzialmente tre: a) quello linguistico si basa principalmente sulla formula prescelta dal legislatore, che evoca un fatto tipico ma non antiggiuridico; b) l'argomento sistematico si fonda sul richiamo allo stato di necessità, di cui si mantengono fermi i presupposti: ciò segnalerebbe una omogenea ragione di non punibilità per le ipotesi considerate dalla disposizione; c) infine, si osserva una comunanza di *ratio* con la logica generale sottesa alle cause di giustificazione, quella del bilanciamento di interessi confliggenti: «dare prevalenza all'interesse alla vita ed all'integrità fisica dell'essere umano (alla cui tutela è rivolta la condotta di soccorso o assistenza nei

63. Cfr. anche per i necessari riferimenti S. Benvenuti, *Solidarietà contro favoreggiamento all'immigrazione irregolare. Dalla Francia all'Italia, la traccia per una strada comune in Europa*, in www.questionegiustizia.it/articolo/solidarieta-francia-ita-cc (ultimo accesso 31.3.1023); sulla posizione dell'alta magistratura francese cfr. anche S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., pp. 147, 155, 164.

64. Utili i riferimenti di S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., p. 166 (a Belgio, Spagna, Finlandia).

confronti di chi si trovi in condizioni di bisogno) rispetto all'ordine pubblico connesso alla gestione dei flussi migratori»⁶⁴.

Nessuno di questi argomenti appare tuttavia decisivo.

Non il primo: oltre a quanto osservato più sopra (§ 3.1), si deve aggiungere che le stesse cause di giustificazione speciali sono introdotte dalle più varie formule; soprattutto nell'attuale stagione legislativa di corritività linguistica, prima ancora che di ambiguità concettuali, sarebbe discutibile dedurre conclusioni attendibili o persino univoche su una questione di tale portata.

Maggior peso hanno indubbiamente gli altri due argomenti. Quanto a quello fondato sull'esplicito richiamo allo stato di necessità mediante la clausola di riserva, esso costruisce il rapporto strutturale fra le due previsioni in termini di genere a specie, nel senso che la scriminante di cui alla disposizione della legge speciale sarebbe generale – quanto a struttura – rispetto a quella (prevista dalla disposizione della legge) comune.

Ma l'analogia fra le due cosiddette scriminanti è soltanto apparente; in realtà si tratta di situazioni eterogenee, che non hanno una reale comunanza di struttura, quale quella che deve esistere in un rapporto di genere a specie. Quanto al pericolo attuale di un danno grave alla persona, presupposto dall'art. 54 c.p., non può essere inteso come una situazione bensì più urgente, per così dire, ma pur sempre qualitativamente omogenea alle condizioni di «bisogno». Il presupposto di queste ultime è, al contrario, che non ricorra la situazione necessitata: si tratta di situazioni reciprocamente alternative – l'una implica l'assenza dell'altra –, non di una differenza di grado. D'altra parte, questa eterogeneità è precisamente quel che sottolinea la giurisprudenza quando la condizione di bisogno è elemento costitutivo di un reato, come accade per l'usura o le fattispecie in cui compare lo sfruttamento della persona che si trovi, appunto, in condizioni di bisogno. In quei casi, si ha cura di precisare che queste non devono consistere in una situazione di necessità, ché altrimenti quell'elemento perderebbe autonomia di significato⁶⁵.

Correlativamente, lo stato di necessità in senso stretto presuppone una costrizione esercitata da una necessità – obiettiva – di soccorso. Al contrario, l'azione umanitaria non è mai costretta, anzi è cercata, perseguita, anche organizzata, è tipicamente un atto di libera scelta, dettata da un sentimento di solidarietà od empatia, pur a fronte di una situazione che si presenta oggettivamente in termini di «bisogno» da parte di altri.

65. In questi termini l'efficace sintesi di S. Zirulia, *Art. 12*, cit., p. 1563, cui si rinvia per i necessari riferimenti. Un'ampia e sistematica rimediazione del fondamento delle scriminanti è offerta da F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, Giappichelli, 2018, il quale osserva che il bilanciamento di interessi in sé e per sé non è esclusivo di questa categoria dogmatica (es., pp. 62-74); per quanto non sia possibile un approfondimento dogmatico in questa sede, di particolare interesse sono le riflessioni sulla differenza fra cause di giustificazione, cause di esclusione del tipo, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto, e relativi criteri di distinzione (p. 171 ss.; p. 215). In termini generali, la soluzione proposta è quella di chiedersi se la previsione della cui natura giuridica si discute «esprima una contraddizione normativa che rifletta un conflitto tra interessi meritevoli di disciplina oppure proceda a un mero ritaglio, entro il perimetro di un fatto penalmente illecito, di una sottofattispecie al fine di sottrarla alla punibilità» (193). Si potrebbe osservare, tuttavia, che questo è certamente un modo corretto di porre il problema, ma non di risolverlo, perché esso stesso necessita di un criterio alla luce del quale stabilire, per l'appunto, se un precetto sia un mero ritaglio o esprima un conflitto.

66. Su questi orientamenti si può consultare qualunque commentario del codice penale; qui basti citare, nella manualistica/trattatistica, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale - II. Delitti contro il patrimonio*, Milano, Wolters/Cedam, 2016⁶, p. 265 ss.; P. Magri, *I delitti contro il patrimonio mediante frode - II. Usura, appropriazione indebita, ricettazione, riciclaggio*, in G. Marinucci, E. Dolcini (dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VII, Padova, Cedam, 2007, pp. 77-79.

Su queste basi, si deve riconoscere che fra le due situazioni c'è una differenza di tipo qualitativo che suggerisce di affermarne l'effettiva eterogeneità.

Il terzo argomento afferma, come si è visto, che l'una e l'altra situazione condividono il fondamento ultimo delle scriminanti come categoria: la logica del bilanciamento d'interessi. Quest'osservazione, in apparenza convincente, perde forza se si considera quanto osservato circa la struttura delle condotte in esame. In primo luogo, abbiamo osservato poc'anzi che le condotte rivolte propriamente alla salvaguardia della vita o dell'integrità fisica non possono ritenersi *immediatamente* dirette a procurare l'ingresso irregolare⁶⁶, e dunque non sono tipiche alla stregua della fattispecie di favoreggiamento; il problema di un conflitto di interessi da risolvere non si pone neppure.

In secondo luogo, sembra di poter ravvisare una differenza non secondaria tra il bilanciamento d'interessi operato dalle cause di giustificazione, in particolare comuni, e l'istituto in esame. Quelle comuni sono fondate su una previsione autorizzativa (norma che attribuisce un diritto, o impone un dovere) nella quale è «cristallizzata»⁶⁷ una volta per tutte la ragione della prevalenza; oppure dipendono da un apprezzamento in concreto demandato al giudice. Partendo da quest'ultima caratteristica, si può osservare come nel caso dell'art. 12, co. 2 TU non si faccia luogo ad alcun apprezzamento in concreto; al contrario, il bilanciamento è “bloccato” una volta per tutte dal legislatore a vantaggio dell'azione umanitaria: se consta lo scopo, l'esito di non punibilità è previsto dalla legge senza nessun apprezzamento discrezionale⁶⁸. D'altro canto, proprio questa cristallizzazione, diversamente dalle ipotesi scriminanti previste dal codice penale (si pensi all'art. 51), si fonda sul riconoscimento di una caratteristica dell'azione concreta innominata – che può cioè assumere qualunque forma concreta, legislativamente non identificata, né probabilmente definibile in astratto in termini obiettivi –; ed è questo che distingue la situazione in esame dagli altri casi di prevalenza fondata invece non già sulla stessa azione del soggetto ma sull'esistenza di una *norma* che in senso lato l'autorizza.

Inoltre, il fatto che la condotta innominata si impervi essenzialmente su un dato puramente soggettivo, un atteggiamento interiore – lo scopo umanitario – sembra radicalmente incompatibile con la principale regola di imputazione delle scriminanti, che (è appena il caso di ricordarlo) si applicano anche se non conosciute o per errore ritenute inesistenti. Questa regola dell'applicazione oggettiva, per insegnamento canonico, si collega al riconoscimento che «la liceità o l'illiceità del fatto, per essere “obiettiva”, non può dipendere dall'atteggiamento personale del soggetto»⁶⁹. La regola si svuota di significato se, come nel caso dell'azione umanitaria, è al contrario precisamente l'atteggiamento personale del soggetto, il suo specifico scopo, che decide del confine fra lecito ed illecito. Né varrebbe obiettare che la rilevanza oggettiva delle situazioni scriminanti non esclude, almeno secondo un orientamento⁷⁰, che nella loro descrizione possano essere compresi requisiti di natura soggettiva (ad esempio, la costrizione nella difesa legittima; il fine di adempiere il dovere nel caso dell'uso legittimo delle armi). Come si precisa, infatti, «[t]ali elementi non modificano il

67. Anche se l'ingresso irregolare possa seguire alla condotta di soccorso e assistenza, ma solo come conseguenza mediata ed indiretta.

68. Per quest'espressione cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 2019¹², p. 191.

69. Questo non toglie che l'apprezzamento della natura “umanitaria” dell'attività presuppone una valutazione del giudice che può rivelarsi complessa nel caso concreto; ma se le condotte sono definite come indicato nel testo, non sembra che al giudice sia attribuito un abnorme potere discrezionale.

70. Così, ad esempio, T. Padovani, *op. cit.*, p. 192.

71. In senso diverso v. ad esempio G. de Vero, *Corso di diritto penale*. Parte generale, Torino, Giappichelli, 2020, p. 493.

criterio valutativo dell'antigiuridicità obiettiva, che si esprime pur sempre in termini "impersonali", in rapporto alle esigenze di tutela dell'ordinamento»⁷¹. Questa dimensione "impersonale" non può esser riconosciuta in nessun modo in una previsione che, al contrario, si fonda esclusivamente su un atteggiamento personale.

4.3.2. *Causa scusante? Osservazioni critiche*

La non punibilità sancita dalla disposizione in esame si fonda, come si è detto, su un atteggiamento interiore, sia pure esteriorizzato nell'attività di assistenza. Questo potrebbe chiamare in causa un'ulteriore categoria dogmatica, quella delle c.d. cause scusanti. In termini generali, una situazione scusante dovrebbe radicarsi nel «riconoscimento di situazioni anomale, nelle quali non è possibile pretendere che il soggetto determini la propria condotta in conformità del comando o del divieto»⁷². Si tratta, nel caso delle previsioni normative che incorporano questa logica, di situazioni di inesigibilità di un comportamento conforme alla legge penale⁷³.

Ma non sembra che l'attività solidaristica possa essere adeguatamente ambientata in tale classificazione. Il soggetto che agisce con quello scopo non versa in nessuna delle ipotesi ascrivibili alla categoria delle scusanti, ed in particolare non vive una situazione personale tale per cui non sarebbe possibile muovere un rimprovero in termini di colpevolezza. A ben vedere, è difficile affidare all'istituto in esame il compito di conferire rilevanza a situazioni "estreme". Al contrario, è la normale, ordinaria solidarietà per chi versa in stato di bisogno – fra l'altro in adempimento di un dovere costituzionale: art. 2 Cost. –, e non già il «subire incolpevolmente l'alterazione del processo motivazionale»⁷⁴ che ne costituisce l'oggetto; in questo senso, come abbiamo già detto, i comportamenti il cui carattere di reato è escluso sono sorretti da una motivazione libera, persino convinta, piuttosto che dovuti ad una motivazione almeno alterata, quando non coartata da circostanze tanto pressanti da non consentire al soggetto di determinarsi correttamente all'osservanza del divieto. È la logica d'una libera e incoercibile scelta d'aiuto, e non quella della costrizione e dell'alterazione della volontà, che sta davvero alla radice – indipendentemente dalla consapevolezza e volontà del legislatore storico – della previsione che condotte altruistiche non costituiscono reato.

La soluzione nel senso della scusante potrebbe essere argomentata con maggiore plausibilità, invece, qualora si dia credito ad una diversa, originale spiegazione della logica delle situazioni scusanti la quale, diversamente da quelle sinora considerate, sembrerebbe potersi meglio attagliare alla non punibilità in esame⁷⁵. In sostanza, questo l'argomento, nelle scusanti il ruolo dell'«influenza psicologica» esercitata dalle circostanze che hanno indotto l'autore a commettere il fatto, condizionandone il «processo di motivazione», non sarebbe decisivo, perché «all'ordinamento non interessa scavare all'interno della psiche umana». Ciò che l'ordinamento fa, quando prevede una scusante, è «attribuire rilevanza ai motivi dal punto di vista del loro "significato", in termini assiologici, alla stregua delle valutazioni proprie della comunità di riferimento» in un dato momento storico. In altri termini,

72. T. Padovani, *loc. ult. cit.*

73. Nella manualistica, ad esempio, T. Padovani, *op. cit.*, p. 290.

74. Nel diritto penale italiano sono annoverate in questa categoria l'errore inevitabile sulla legge penale, l'ordine criminoso insindacabile, la violenza irresistibile, lo stato di necessità derivante dall'altrui minaccia, il turbamento provocato dal pericolo nel caso della difesa domiciliare.

75. In questi termini descrive uno dei possibili fondamenti delle cause scusanti T. Padovani, *op. cit.*, p. 290.

76. G. De Francesco, *Invito al diritto penale*, il Mulino, Bologna, 2019.

l'ordinamento decide di scusare «grazie al particolare “contenuto di valore” – sotto il profilo etico-sociale (come tale condiviso dallo stesso ordinamento – dell'azione salvifica [...]»⁷⁶.

Tuttavia, la soluzione nel senso della causa di esclusione del tipo legale sembra pur sempre da preferire per le ragioni che seguono.

Innanzitutto, le situazioni nelle quali l'ordinamento riconosce la “scusa” sono caratterizzate da circostanze esterne – un errore, una violenza, un ordine criminoso, uno stretto vincolo di parentela – tali da influire su un processo di motivazione di cui si suppone che si sarebbe sviluppato altrimenti o avrebbe potuto svilupparsi altrimenti, tanto che si ammette che queste circostanze rendono «inesigibile» la formazione di una diversa volontà. Circostanze esterne tali da escludere l'esigibilità non sembrano invece determinanti *di per sé* nella non punibilità umanitaria come configurata dall'art. 12, perché altrimenti dovrebbero portare alla non punibilità di qualunque condotta realizzata in presenza di quelle circostanze. Ma, come si è visto, questo non accade, perché la non punibilità è prevista soltanto per specifiche condotte oggettive e su presupposti di fatto (la presenza sul territorio della persona soccorsa o assistita) non portatori di per sé di alcuna dimensione valoriale.

Si potrebbe ancora replicare che lo stato di bisogno dello straniero può essere assimilato, quale fattore di condizionamento del processo di motivazione, a quelle altre forze cui l'ordinamento riconosce un valore soverchiante. Ma questa osservazione renderebbe inspiegabile – ancora una volta – proprio la caratteristica principale della previsione, cioè l'essere limitata ai fatti commessi sul territorio a favore di soggetti già lì presenti, con esclusione delle vicende, tragiche per dimensione e frequenza, nelle quali il bisogno di soccorso è più pressante e drammatico: quando gli stranieri non hanno ancora raggiunto la terraferma; situazioni nelle quali, dunque, la potenza motivazionale del bisogno sarebbe ben più intensa.

Inoltre, si deve osservare che la tesi in esame, a ben vedere, àncora l'argomento propriamente normativo ad una componente marcatamente empirica, e cioè l'esistenza di valutazioni, proprie della comunità di riferimento in un dato momento storico, che senz'altro attribuiscono valore alle azioni di cui si tratta. Se una valutazione di questo tipo è agevole per i casi comunemente ricondotti alle scusanti, poc'anzi ricordati, quando si tratti di assistenza a stranieri in stato di bisogno sul territorio un'evidenza empirica di questa natura sembra francamente difficile (purtroppo) da riscontrare. Da questo punto di vista, anzi, vi sarebbero argomenti per sospettare il contrario, nel senso cioè che la comunità di riferimento mostri poca o scarsa sensibilità ai bisogni degli stranieri sul territorio. La valutazione dell'ordinamento, su questa base, sarebbe invero tanto più apprezzabile non già in quanto sia fondata e riproduca il sentire del “popolo” ma – al contrario – in quanto se ne discosti⁷⁷.

Queste conclusioni valgono a maggior ragione se si considera quel retroterra sociologico del supporto ai migranti da parte di reti organizzate, la cui dimensione va ben al di là di un singolo, individuale conflitto di doveri che condiziona i percorsi motivazionali. Come si è visto in esordio di queste riflessioni, si tratta non di un fenomeno inter-individuale, ma sociale e a sua volta, per così dire, istituzionale perché – lo si è accennato – si articola in

77. G. De Francesco, *op. cit.*, pp. 146-147; Id., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli, 2022², pp. 542-546. Sulla categoria in generale, in questa lunghezza d'onda, E. Venafro, *Scusanti*, Torino, Giappichelli, 2002.

78. Ai pericoli ed alle contraddizioni dell'invocazione al popolo ed al suo sentire, sin dall'età dell'Illuminismo e delle rivoluzioni settecentesche, è dedicato un recente volume dello storico R. Romanelli, *Nelle mani del popolo. Le fragili fondamenta della politica moderna*, Milano, Donzelli, 2021.

strutture formali o informali di assistenza (ma non necessariamente illecite), che vanno dalle reti etniche alle organizzazioni solidaristiche e umanitarie della società civile. Collocare questi fenomeni all'interno di una categoria la cui vocazione è invece di dare spazio a dimensioni puramente individuali di formazione del percorso motivazionale (anche se oggettivizzate in una valutazione dell'ordinamento) appare, anche al di là delle osservazioni puramente tecnico-giuridiche, eccessivamente riduttivo.

4.3.3. *Causa di esclusione del tipo legale? Una proposta di lettura*

Quanto argomentato fino ad ora porta ad escludere che la “non punibilità umanitaria” possa essere ascritta all'ambito delle cause di giustificazione o di cause scusanti. D'altra parte, si può anche convenire sul fatto che la natura di questa previsione non abbia a che vedere con la mera opportunità o bisogno di punizione: la ragione di non punibilità «non pare esaurirsi in ragioni esterne alla meritevolezza di pena, costituire cioè un semplice congegno regolatore della opportunità o meno dell'intervento punitivo»⁷⁸.

Resta quindi un'ulteriore possibile qualificazione, sulla quale conviene soffermarci. Nel sistema dei delitti di favoreggiamento, il legislatore vieta una serie di condotte che circondano la migrazione non autorizzata, chiudendo infine il cerchio dell'incriminazione mediante il richiamo a qualunque attività che sia diretta a procurare ingressi non autorizzati. Il “tipo” legale è dunque particolarmente ampio, sufficientemente identificabile con l'eccezione della clausola di chiusura, ch'è in realtà piuttosto una valvola di apertura, per quanto limitata dalla giurisprudenza nella sua potenzialità espansiva.

In questo quadro, con la previsione della non punibilità umanitaria sembra verificarsi proprio il fenomeno descritto di recente da Mario Romano, riprendendo intuizioni già formulate nella riflessione penalistica italiana:

«il legislatore, dopo aver descritto compiutamente il fatto, ne “elimina” una parte, riducendo la portata del tipo legale: se si vuole, il legislatore per così dire “si autocorregge”, concludendo che il reato, si mantenesse la “primitiva” estensione, risulterebbe troppo ampio»⁷⁹.

In altri termini,

79. Prendo qui a prestito le parole con le quali Mario Romano scolpisce il tema in un lavoro di “teoria generale”: M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, p. 1729. Cfr. per spunti importanti (esplicitamente richiamati da Romano), F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1519.

80. M. Romano, *op. cit.*, p. 1737. L'autore precisa la somiglianza tra questo tipo di non punibilità e quella derivante dall'esistenza di una causa di giustificazione rilevano anche se ignorate o ritenute per errore inesistenti; sarà da valutare a favore dell'agente l'erronea convinzione che siano presenti: «l'operatività oggettiva da un lato, l'estraneità dalla rappresentazione e volizione ai fini del dolo ma al tempo stesso la rilevanza dell'errore sulla sua presenza dall'altro, collocano ecletticamente la causa di esclusione del tipo in posizione mediana tra le diverse non punibilità del sistema» (p. 1738). Questi rilievi hanno un minor impatto nell'ipotesi che ci occupa, poiché la natura comunitaria del comportamento evoca una forte consapevolezza soggettiva, una “convenzione” rispetto alla quale il tipo di problemi appena indicato tendenzialmente non si pone. Su questi aspetti cfr. anche F. Consulich, *op. cit.*, spec. p. 184 ss., il quale spiega che «un tratto tipico delle cause di esclusione del fatto consiste *nella relazione formale* intercorrente tra norma incriminatrice e fattispecie di esclusione della responsabilità [...] [L]a formulazione dell'incriminazione si compone di una disposizione *principale*, che descrive il fatto, e di una *secondaria*, di carattere ‘eccettuativo’, che ritaglia, entro la prima, una o più tipologie di condotte da sottrarre alla punizione» (pp. 185-186; corsivo in orig.).

«accade a volte che una figura di reato, introdotta nell'ordinamento con una sua peculiare struttura, subisca subito dopo una riduzione ad opera di apposita precisazione normativa. Denominate talora limiti esegetici, restrizioni del genere (introdotte da espressioni come "la disposizione non si applica...", "non si considera", ma anche "non è punibile...") sembrano meglio sistematizzate quali cause di esclusione del tipo, poiché la puntualizzazione normativa sopravviene per l'appunto ad escludere il tipo "originario", delimitandone l'ampiezza»⁸⁰.

Come è stato osservato, si tratta di situazioni che «non sembrano appropriatamente inquadrabili tra le cause di giustificazione, poiché non ne emerge alcun contro-interesse omogeneo da opporre a quello offeso dalla condotta»⁸¹ né, come si è detto, è agevole considerarle come cause scusanti⁸².

Quella delle cause di esclusione della tipicità è una prospettiva sistematica all'interno della quale le considerazioni svolte poc'anzi possono accomodarsi in modo coerente non soltanto dal punto di vista dogmatico, ma anche in termini assiologici e politico-criminali. In termini di valore, affermare che le condotte di soccorso ed assistenza umanitaria non sono tipiche alla stregua della fattispecie incriminatrice di favoreggiamento significa riconoscere una volta per tutte il carattere intrinsecamente lecito delle condotte di "solidarietà" proprio per la loro intima natura. Esse si collocano in un orizzonte di valore che non ha nulla a che spartire con il favoreggiamento "interessato" perché realizzato nel contesto delle attività di gruppi criminali organizzati o perché sia comunque dettato da fini di lucro e magari sfruttamento⁸³.

In termini politico-criminali, sottrarre questo tipo di condotte all'area di rilevanza penale non pregiudica l'assetto complessivo dei reati in materia ed anzi lo razionalizza, senza che ne derivino conseguenze pregiudizievoli o lacune di tutela. La limitazione al territorio dello Stato sembra congrua proprio con la realtà sociologica di riferimento, quella di un soccorso bensì eventualmente organizzato ma non direttamente implicato per ciò stesso in *network* criminali né direttamente strumentale alla violazione del divieto penale.

Si deve infine osservare che per le attività organizzate di supporto sul territorio, per come emergono dalle vicende finora giudicate, vale quanto si osserva per l'attività di organizzazioni non governative, per le quali si esclude che si tratti di per sé un c.d. *pull factor* dell'immigrazione. Quest'ultimo è un assunto – quantomeno all'attuale stato delle conoscenze – se non indimostrato, difficilmente argomentabile data la scarsità di dati affidabili sui quali fondare evidenze empiriche sufficienti a legittimare la scelta di criminalizzazione⁸⁴.

81. M. Romano, *op. cit.*, p. 1736.

82. M. Romano, *op. cit.*, p. 1737.

83. Se è vero, come puntualmente osserva Romano, che queste concernono il processo motivazionale dell'agente e si devono all'astensione dell'ordinamento da un giudizio di colpevolezza nei confronti dell'autore per via della particolare situazione che si trova a vivere, in questi casi si potrebbe invece osservare, come spiegato più sopra nel testo, che l'agente ha una particolare motivazione a compiere il fatto.

84. In questo senso le attività non punite non sono confliggenti con l'interesse protetto dall'art. 12, ma corrono per così dire in parallelo come una strada di grande percorrenza ed una complanare; per la metafora dei percorsi paralleli cfr. anche F. Consulich, *op. cit.*, p. 187.

85. Cfr. il *policy brief* di M. Villa, E. Cusumano, *Sea Rescue NGOs: A Pull Factor of Irregular Migration?*, reperibile online: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/65024/PB_2019_22_MPC.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Il punto fondamentale è che un *pull factor* potrebbe persino esistere, ma sarebbe tutta da giustificare la necessità dell'incriminazione come scelta di policy.

5. Condotte realizzate all'estero

Come si è ricordato più sopra, l'attenzione prioritaria degli interpreti si è concentrata sull'aspetto delle soluzioni per estendere la non punibilità umanitaria ai fatti di agevolazione dell'immigrazione, commessi a vantaggio di soggetti migranti prima dell'ingresso sul territorio nazionale. Il presupposto è che queste condotte siano indiscriminatamente punibili a titolo di favoreggiamento. Anche su questo tacito assunto sembra tuttavia opportuno soffermarsi con qualche considerazione di dettaglio.

Innanzitutto, se le condotte sono realizzate dall'estero, si tratta di distinguere fra cittadino e straniero, in base alle regole comuni di diritto penale internazionale (o transnazionale, a seconda delle preferenze di lessico).

5.1. *Fatto commesso da cittadino all'estero*

Se il fatto di cui all'art. 12, co. 1 TU è commesso da cittadino, il delitto è punito soltanto a richiesta del Ministro⁸⁵ (la pena, pur aumentata dal d.l. n. 20/2023, è inferiore nel minimo a tre anni) e sempreché l'autore presunto sia presente sul territorio dello Stato⁸⁶.

5.2. *Fatto commesso da straniero (interamente) all'estero: non perseguibilità?*

Se il fatto di cui all'art. 12, co. 1 TU è commesso da straniero, sarebbe possibile sostenere, seppure in termini problematici ed adottando un'interpretazione particolarmente restrittiva, che il reato non è perseguibile: l'art. 10 c.p. prevede la punibilità secondo la legge italiana soltanto se il fatto è commesso «in danno» dello Stato o di un cittadino italiano. Escluso per ovvie ragioni che il favoreggiamento possa essere commesso contro un cittadino, al fine di affermare la punibilità secondo la legge italiana (e la conseguente perseguibilità) si dovrebbe necessariamente affermare che il favoreggiamento dell'emigrazione verso l'Italia sia un reato commesso in danno dello Stato anche quando commesso per ragioni di assistenza umanitaria. A questo punto si aprono due strade.

La prima, sempre nell'ottica di un'esegesi restrittiva dell'ambito di rilevanza penale delle condotte di assistenza del tutto estranee al contesto delle organizzazioni criminali che perseguono fini di lucro, è quella di escludere che il tipo di reato possa essere considerato commesso, per l'appunto, in danno dello Stato. Se è previsto che il fatto non costituisca reato (neppure) se commesso sul territorio italiano e quando le persone siano già lì presenti, che dunque in questo caso non si riconosce un disvalore che possa fondare la punibilità, non c'è ragione di escludere una simile conclusione per le condotte realizzate all'estero: esse non possono produrre un danno rilevante ai sensi dell'art. 10 c.p. Quest'interpretazione risolverebbe alla radice il problema della disparità di trattamento fra le due situazioni, che è alla base delle censure di illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 2 TU.

All'opposto, si potrebbe sostenere che il reato di favoreggiamento è commesso sempre in danno dello Stato italiano. Se si adotta un'accezione ampia del concetto di danno, quale lesione ad un interesse «pubblico o economico o attinente alla pubblica amministrazione»⁸⁷, si dovrebbe infatti riconoscere che questo reato lede l'interesse dello Stato alla tutela delle proprie frontiere, squisitamente pubblicistico, indipendentemente dallo scopo

86. Non vengono in rilievo in questo caso l'istanza o querela della persona offesa.

87. Cfr. art. 9 c.p.

88. Cfr. la risalente Cass., 28.4.1960, in *Riv. pen.*, 1961, II, col. 246.

concretamente perseguito dall'agente. Sennonché, non soltanto si tratterebbe di un'interpretazione particolarmente dilatata del concetto di danno allo Stato, ma essa, se rigorosamente fondata, dovrebbe portare a sostenere (diversamente da quanto la stessa giurisprudenza, che tende ad affermare largamente la giurisdizione italiana, attualmente sembri disposta ad ammettere)⁸⁸, che un interesse così declinato non è altro che un interesse di tipo squisitamente politico. Il reato diventa dunque un reato politico soggetto per ciò stesso alla giurisdizione dello Stato anche se commesso all'estero. In prima battuta si tratta di un'interpretazione che darebbe la stura ad una versione, per così dire, "imperialista" e "sovranista" delle regole di applicazione extraterritoriale della legge italiana. Ma il tema merita di essere ulteriormente approfondito.

In effetti, si potrebbe osservare che attualmente la proiezione della sovranità nelle strategie di sicurezza esterna dello Stato si coglie proprio nella forma di un interesse alla tutela delle frontiere di fronte alla migrazione di massa; così declinato, quest'interesse può apparire come di tipo obiettivamente politico. Il fondamento della giurisdizione italiana dovrebbe essere dunque ravvisato, a ben vedere, nell'art. 8 c.p.⁸⁹ Tuttavia, di questa

89. È indiscusso che si tratti di reati comuni. Le questioni di giurisdizione ricorrentemente affrontate muovono da questo presupposto. Cfr. Cass., sez. I, 20.12.2005, n. 4694, in *C.E.D. Cass.*, rv. 233433 (in procedimento cautelare ex art. 324 c.p.p.; si trattava di soggetto fermato dalla polizia di frontiera, mentre con la propria auto si apprestava a varcare il confine con l'anziana suocera non in possesso di documenti validi per l'ingresso, per l'imbarco a Trieste e con destinazione il porto di Durazzo; nel merito la Corte sembra anche dubitare della rilevanza penale del mero transito, pur lasciando la questione impregiudicata); Cass., sez. I, 10.2.2021 n. 15084/21, in *C.E.D. Cass.*, rv. 281187 (ove ulteriori riferimenti; si tratta di orientamento giurisprudenziale consolidato): la giurisdizione italiana è affermata in quanto il fatto sarebbe commesso sul territorio dello Stato sia pure per via della c.d. autorità mediata, cioè di un'ipotesi speciale di concorso nel reato, in cui colui che procura l'ingresso – abbandonando i migranti su imbarcazioni vetuste, prive di dotazioni di sicurezza, del tutto inadeguate ad affrontare la traversata del Mediterraneo – si avvale delle condotte doverose o comunque lecite dei soccorritori. Si tratta di una interpretazione estensiva dell'art. 48 c.p., che stabilisce che la disciplina dell'errore sul fatto, che esclude il dolo, «si applica anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo». Questa costruzione è discutibile: cfr. criticamente L. Ricci, *Questioni di giurisdizione italiana sui delitti commessi nelle prigioni libiche*, in *Giur. it.*, spec. 1496 e nt. 21-22 (a proposito di Cass., sez. V, 12.9.2019, n. 48250, *ibid.*, p. 491). Cass., sez. I, 8.4.2015, n. 20503, in *C.E.D. Cass.*, rv. 263671 sottolinea che l'uso di navi-madre affiancate da natanti inadeguati sui quali viene operato il trasbordo dei migranti «non può che apparire come il frutto di un'accurata programmazione criminosa, volta a preservare il natante principale e il suo equipaggio da possibili attività di captazione investigativa da parte delle forze dell'ordine dei Paesi europei, tenendolo al riparo dall'esercizio della giurisdizione negli stati di approdo, con ciò aumentando in modo esponenziale il rischio fatto correre ai migranti trasportati». Questa procedura dunque volutamente determina lo stato di necessità che attiva l'intervento dei soccorritori, doveroso, precisa la Corte, alla stregua sia della Convenzione di Amburgo sia di quella di Montego Bay (sul diritto internazionale rilevante cfr. comunque i lavori citati sopra, in nota 28). Seppure il «primo segmento della condotta» è commesso in acque extraterritoriali, l'assenza di una soluzione di continuità con l'azione di salvataggio e l'accompagnamento nelle acque territoriali consente di ritenere integrati i requisiti dell'art. 6 c.p. Cass., sez. I, 17.6.2020, n. 19762, in *Dir. pen. proc.* 2021.4, p. 499 ss., con nota di C.R. Blefari, *Reato commesso all'estero: giurisdizione italiana, rapporto tra richiesta di procedimento e attività di indagine preliminare*, *ibid.*, p. 500 ss., sulla richiesta del Ministro come condizione di procedibilità, che deve intervenire prima dell'emissione del titolo cautelare (fermo restando che le fonti di prova possono essere acquisite ex art. 346 c.p.p.: «...in mancanza di una condizione di procedibilità che può ancora sopravvenire, possono essere compiuti gli atti di indagine preliminare necessari ad assicurare le fonti di prova e, quando vi è pericolo nel ritardo, possono essere assunte le prove previste dall'articolo 392 [quelle per le quali si può procedere con incidente probatorio]»).

90. «Il cittadino o lo straniero, che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel n. 1 dell'articolo precedente [delitti contro la personalità dello Stato italiano], è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia [...]. Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune

disposizione dev'esser rinnovata la lettura alla luce del quadro costituzionale ed internazionale. In altri termini, il concetto di reato politico, come invocato in questa materia, dev'esser collocato in una cornice interpretativa disegnata alla stregua dell'impegno costituzionalmente garantito alla tutela dei diritti fondamentali ed al rispetto del diritto internazionale. L'interesse indiscutibilmente politico alla tutela della frontiera esterna trova in effetti tutela specifica per mezzo delle disposizioni che incriminano il favoreggiamento dell'immigrazione non autorizzata; il che equivale ad osservare che il complesso di quelle disposizioni è direttamente strumentale alla tutela dell'interesse dello Stato al controllo delle frontiere esterne, interesse certamente di carattere politico anche se affermato in un contesto molto diverso da quello più tradizionale di un'aggressione attuale o potenziale da parte di Stati stranieri.

Del resto, quest'interesse è ripetutamente affermato in atti politici che strutturano le relazioni internazionali, ad esempio fra Italia e Libia, oltre che rivendicato, per comune conoscenza, nel dibattito politico. Tuttavia, proprio sulla base del riconoscimento del carattere politico di questo interesse, il suo specifico contenuto giuridico deve essere attentamente definito. Si deve precisare, in particolare, che la tutela di esso deve pur sempre avvenire per espresso limite costituzionale nel quadro del rispetto del diritto internazionale (art. 117 Cost.). Ciò equivale ad osservare che il rispetto dei diritti umani e la salvaguardia della vita in mare entra a far parte, in una prospettiva orientata al rispetto della Costituzione e del diritto internazionale, dello stesso contenuto tipico dell'interesse politico dello Stato. In questa prospettiva, si deve escludere che la condotta realizzata per scopi umanitari possa costituire un reato che offende un interesse politico dello Stato costituzionalmente apprezzabile. Anche da quest'angolo visuale, pertanto, il fatto commesso per fini umanitari dallo straniero all'estero non può costituire reato perseguibile in Italia.

Si deve osservare che la ricorrenza pratica di queste situazioni, al di fuori delle operazioni di soccorso, sembra del tutto trascurabile. E tuttavia il chiarimento concettuale appare comunque opportuno, perché le regole in tema di giurisdizione, coordinate con la ricostruzione sistematica della non punibilità umanitaria, nonché i principi di diritto internazionale del mare, compongono un quadro complesso ma in fin dei conti abbastanza coerente alla cui stregua impostare la questione delle condotte di soccorso iniziate fuori del territorio nazionale. Ma affrontare quest'ultimo tema, come si è già precisato, fuoriesce dai limiti di questo lavoro.

determinato, in tutto o in parte, da motivi politici». Sempre importante il commento a questa disposizione da parte di M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I. Art. 1-84, Milano, Giuffrè, 2004³, Art. 8, p. 132 ss. Quanto ai lavori monografici, soprattutto M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene, 2000.