

GIURISDIZIONE E SOCCORSI IN ACQUE INTERNAZIONALI: UNA RESISTIBILE REMINISCENZA DELL'AUTORE MEDIATO

di Marco Fazio

(Dottore in Giurisprudenza, Università di Messina)

SOMMARIO: 1. Gli arresti della giurisprudenza di legittimità. – 2. Un passo indietro: alle origini della teoria dell'autoria mediata. – 3. L'autore mediato nell'ordinamento penale italiano. – 4. Criticità di un'impostazione giurisprudenziale ormai consolidata. – 5. Una possibile alternativa ermeneutica.

1. Negli ultimi anni le norme penali sul traffico di migranti clandestini hanno trovato applicazione sempre crescente nelle aule di giustizia italiane. È un dato che non sorprende affatto, dal momento che un numero di migranti, di gran lunga superiore rispetto a quelli registrati in altri periodi storici anche recenti, abbandona ogni anno le coste dell'Africa settentrionale nel tentativo di raggiungere l'Europa, nuova terra promessa per chi fugge dalla guerra, da violazioni di diritti fondamentali ovvero da condizioni economiche di estremo disagio. Spesso le coste italiane costituiscono il primo approdo di questi viaggi della speranza, effettuati generalmente a bordo di mezzi fatiscenti e tutt'altro che sicuri, con esiti talvolta infausti per gli stessi migranti.

Da qui la ricorrente contestazione della fattispecie tipizzata all'art. 12 co.1 TuImm – che punisce chi promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua trasporto di stranieri nel territorio italiano ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso¹ – ai c.d. “scafisti”, di solito unici esponenti delle organizzazioni criminali di trafficanti che giungono sul territorio dello Stato italiano: contestazione che pone un'interessante questione giuridica sulla quale saranno incentrate le riflessioni che verranno svolte nel prosieguo.

Sovente i difensori degli imputati per il reato ex art. 12 co.1 TuImm hanno rilevato che l'autorità giudiziaria italiana sarebbe priva di giurisdizione, quantomeno con riferimento a taluni casi ormai tutt'altro che marginali. La deduzione attiene, più in particolare, all'ipotesi in cui l'imbarcazione sulla quale viaggiano i migranti abbia subito dei guasti o si sia comunque fermata in acque internazionali così da permettere ai passeggeri di spostarsi su mezzi più piccoli, in attesa appunto dei soccorsi. Si è

¹ Per un approfondimento sul delitto *de quo*, cfr., tra gli altri: C. Morselli, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, in *Diritto dell'immigrazione*, diretto da R. Chiarelli, Roma 2017, 375 ss.; A. Caputo, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino 2011, 35 ss.; E. Toscani, *Favoreggiamento dell'ingresso illegale dello straniero*, in *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di S. Centonze, *Giurisprudenza / Oggi*, diretto da P. Cendon, Torino 2010, 189 ss.

argomentato nel senso che non sussisterebbe la giurisdizione italiana, essendosi interrotta l'azione criminosa dello "scafista" al di fuori dei confini del territorio nazionale² e verificatosi il successivo ingresso in Italia esclusivamente per l'opera dei soccorritori, a fronte della quale si sarebbe dovuto riconoscere, coerentemente al disposto di cui all'art. 6 Cp, un limite all'applicazione nello spazio della legge penale italiana³.

Non sono mancate nella giurisprudenza di merito, soprattutto in una prima fase, pronunce con le quali si è esclusa la giurisdizione italiana in relazione ai casi ai quali si è appena fatto riferimento. È stato, anzi, proprio a seguito di un ricorso per cassazione proposto da un Procuratore della Repubblica avverso un'ordinanza con la quale si era concluso per l'impossibilità di radicare la giurisdizione italiana, che la Corte di Cassazione ha avuto l'occasione di prendere una posizione netta sul punto. I giudici di legittimità hanno rilevato come l'intervento umanitario dei soccorritori rappresenti un fatto voluto dai trafficanti e addirittura provocato dagli stessi. Partendo da tale assunto, la Corte di Cassazione giunge a ritenere che i fatti commessi in acque extraterritoriali dagli "scafisti" vadano idealmente legati alla condotta tenuta dai soccorritori, la quale deve essere, a sua volta, valutata «ai sensi dell'art. 54 Cp, comma 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e quindi sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente questi abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»⁴.

Richiamando, per un verso, l'intramontabile, quanto controversa, teoria dell'autoria mediata e, per altro verso, l'ultimo comma dell'art. 54 Cp, la Corte di Cassazione ha offerto una soluzione assai interessante al problema in esame, che attiene a ipotesi di immigrazione irregolare sì peculiari, ma ormai tutt'altro che infrequenti, come dimostrano i quotidiani fatti di cronaca. Peraltro, con il provvedimento indicato, i giudici di legittimità hanno argomentato il loro convincimento tenendo altresì presente un precedente giurisprudenziale, rispetto al quale il nuovo orientamento sarebbe potuto apparire *prima facie* insostenibile⁵.

² Si ritiene infatti che il reato in parola rientri nel novero di quelli a consumazione anticipata, talché ai fini del suo perfezionamento non è necessario l'ingresso illegale dei migranti nel territorio italiano. In questo senso, v., per tutti, A. Caputo, *op. cit.*, 45 ss.

³ In tema di limiti spaziali di applicazione della legge penale nonché di rapporti con giurisdizioni straniere, v., tra gli altri, G. de Vero, *Corso di diritto penale I*², Torino 2012, 321 ss.; G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, parte generale*⁶, Milano 2017, 143 ss.

⁴ V. Cass. 28.2.2014, n. 14510, in www.penalecontemporaneo.it, 4.6.2014, con nota di A. Giliberto, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*. Nella sentenza indicata viene affermata la sussistenza della giurisdizione italiana, che era stata invece declinata da un'ordinanza del Tribunale delle Libertà di Catania, che veniva così annullata dai giudici di legittimità, in accoglimento del ricorso per cassazione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania.

⁵ Il riferimento è a Cass. 28.10.2003, n. 5583, in *CEDCass*, rv. 226953, nella quale, confermando la sentenza resa dalla Corte territoriale, era stata esclusa la giurisdizione italiana in relazione al fatto di un autotrasportatore che aveva occultato 84 curdi in una botola sotto un apparente carico di arance, rilevando: che «la scoperta del «carico umano» clandestinamente trasportato sull'autocarro dell'imputato avvenne in corso di navigazione ed in mare aperto, (...) quando la nave si trovava in

Al riguardo è stato chiarito nella parte motiva della sentenza che tale precedente si riferiva a un caso ben diverso, nel quale in mare aperto decine di migranti erano stati scoperti all'interno di un camion trasportato sull'imbarcazione. L'azione di chi ne stava favorendo l'ingresso irregolare in Italia, dunque, si era già interamente esaurita fuori dai confini del territorio nazionale, proprio in conseguenza della scoperta del «carico umano». Situazione, questa, assai differente rispetto ai casi dei quali ci si occupa in questa sede, in relazione ai quali, invece, secondo la giurisprudenza di legittimità, il fatto dello «scafista» non può dirsi esaurito in acque internazionali, avuto riguardo al risultato che sarà conseguito, senza soluzione di continuità, con il previsto e voluto intervento dei soccorritori. In sostanza, se in un caso l'azione era stata interrotta proprio nel momento nel quale, contrariamente agli auspici del trasportatore, era stato svelato l'inganno, nelle ipotesi in esame l'intervento del terzo è previsto, voluto e provocato dai criminali. Simili differenze giustificano, secondo la Corte di Cassazione, i diversi esiti ai quali si perveniva nei due distinti processi⁶. Le conclusioni alle quali la giurisprudenza di legittimità è così pervenuta conducono a risultati pratici, tutto sommato, non solo accettabili ma evidentemente condivisibili, tenuto conto che negare la giurisdizione italiana in relazione a simili ipotesi equivarrebbe a garantire l'impunità dei responsabili della situazione di grave pericolo nella quale i migranti si sono venuti a trovare ogni qual volta la navigazione sia interrotta in acque extraterritoriali. Tuttavia il percorso argomentativo nel quale i giudici di legittimità si sono avventurati offre diversi spunti di approfondimento, relativi a capitoli di teoria generale assai delicati.

Poiché il principio di diritto enunciato con la pronuncia appena indicata ha successivamente trovato costante applicazione nella prassi giurisprudenziale⁷, pare opportuno procedere in questa sede a un esame critico dell'orientamento in parola, prendendo le mosse dai profili problematici relativi alle categorie dogmatiche interessate.

acque internazionali»; che «a quel momento lo stesso «carico umano» cessa di essere sotto il controllo e la signoria di fatto dell'imputato, e viene anzi per così dire «preso in consegna» dal comandante della nave»; e che «oltretutto, il risultato voluto (introduzione dei clandestini) non è neppure causalmente collegabile alla condotta criminosa in sé conclusa: infatti, lo sbarco dei clandestini non è dipeso dallo stratagemma a tal fine apprestato dall'autore del fatto, ma dall'autonoma decisione del comandante che, scoperto l'inganno, prese - in relazione al luogo ed al momento dell'accertamento - le misure impostegli dal dovere di condurre la nave a destinazione e di apprestare efficace soccorso a persone che, per le disumane condizioni di trasporto, versavano in concreto pericolo di danni all'integrità fisica».

⁶V. Cass. 28.2.2014, n. 14510, cit., 5 s.

⁷Cfr.: Cass. 11.3.2014, n. 18354, in *CEDCass*, rv. 262542; Cass. 10.12.2014, n. 3345, in *CP* 2015., con nota di F. Lombardi, *La giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel caso di soccorso di migranti in acque internazionali*, 1998 ss.; Cass. 8.4.2015, n. 20503, in *CEDCass*, rv. 263670; Cass. 22.12.2015, n. 11165, in *CEDCass*, rv. 266430, nella quale peraltro non si ravvisano nemmeno più i puntuali riferimenti normativi all'art. 54 co.3 Cp, quasi a potere ritenere la giurisdizione italiana sul solo presupposto dei meccanismi propri dell'autoria mediata, a prescindere da una più precisa base giuridico-formale.

2. Un primo breve cenno va fatto anzitutto alla figura del *mittelbarer Täter*, ossia dell'autore mediato. Essa è stata per la prima volta coniata dall'esperienza penalistica tedesca, in stretta connessione con le premesse dogmatiche proprie dell'istituto del concorso di persone nel reato nel sistema d'Oltralpe. Occorre infatti rammentare che, discostandosi dalla soluzione accolta per esempio nel vigente codice penale italiano, il legislatore tedesco ha recepito il differente modello di disciplina incentrato sulla tipizzazione differenziata e non già quello della tipizzazione unitaria su base causale, ravvisabile nella sia pure tautologica disposizione di cui all'art. 110 Cp.

Proprio in sede di diversificazione dei ruoli dei concorrenti nel reato, nell'ambito della disciplina generale, il legislatore tedesco, a seguito della riforma del 1975, nel § 25 co.1 StGB definisce l'autore come colui che commette il fatto personalmente o attraverso un altro soggetto.

Pur prescindendo in questa sede da un'indagine sull'ambito applicativo dell'istituto in parola nel diritto penale tedesco⁸, è opportuno chiarire quali sono state le esigenze che hanno persuaso la dottrina tedesca dell'opportunità di giungere a una simile ricostruzione.

A tal proposito si deve osservare che in un sistema come quello in questione – ove, accanto alla preferenza espressa per il modello di disciplina concorsuale in termini di tipizzazione differenziata, si riconosceva l'operatività, soprattutto prima della riforma del codice penale intervenuta nel 1943, della teoria dell'accessorietà nella sua accezione estrema⁹ – si ponevano delicate questioni applicative. In particolare, in forza dei postulati sui quali si fonda la variante in parola della teoria dell'accessorietà, poteva accadere che l'esecutore del delitto non fosse punibile per le più varie ragioni e che, di conseguenza, non si potesse incriminare, a titolo di concorso, neppure colui che della sua opera si fosse dolosamente servito. Non era possibile, infatti, ravvisare in capo all'esecutore un fatto di reato tipico, antiggiuridico e colpevole, al quale potesse “accedere”, coerentemente ai principi della dogmatica tedesca in materia di concorso di persone, il contributo dei compartecipi. Proprio al fine di far fronte a simili problematiche, si è concluso in Germania che, nelle ipotesi in questione, chi si serva di altri per commettere un reato deve essere considerato non tanto un concorrente, quanto piuttosto l'autore mediato di un fatto di reato realizzato in forma monosoggettiva. L'aggettivo qualificativo “mediato” sta qui ad indicare un agente che non ha realizzato il fatto materiale, commesso invece da un, ancorché incolpevole, autore immediato¹⁰.

⁸ In relazione al quale, v., fra gli altri, G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993, 427 ss.; T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973, 13 ss.; M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957, 77 ss.; M. Siniscalco, voce *Autore mediato*, in *ED*, IV, Torino 1949, 443 ss.; S. Riccio, *L'autore mediato*, Napoli 1939; ai quali si rinvia altresì per un esame delle principali ipotesi di autoria mediata, oltre che per più puntuali riferimenti alla dottrina di lingua tedesca.

⁹ Sulla teoria dell'accessorietà nelle sue molteplici varianti, v., per tutti, G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, parte generale*⁷, Bologna 2014, 516 s.

¹⁰ V. S. Camaioni, *Il concorso di persone nel reato*, Milano 2009, 46 s., ove l'autore prende inoltre in considerazione uno dei paradossi correlati all'accoglimento di una simile impostazione: quello relativo all'anticipazione dell'esecuzione del reato stesso.

Senza sconfessare l'impostazione dell'accessorietà estrema, la dottrina tedesca poneva così un rimedio al problema prospettato, anche se al riguardo si è avuta l'impressione che si sia invero realizzata una vera e propria «deroga surrettizia al dogma dell'accessorietà estrema in favore dell'accessorietà limitata»¹¹, laddove la prima non appariva sostenibile. Ad ogni modo la figura elaborata dagli studiosi tedeschi, oltre ad essere sostanzialmente confluita, come già osservato, nella vigente definizione di autore del reato di cui al §25 StGB, è stata oggetto di un tentativo di trasposizione nell'ordinamento penale italiano, sul quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

3. Non sono mancati tentativi da parte della dottrina italiana, anche in virtù della tradizionale influenza su questa esercitata dagli studi penalistici d'Oltralpe, di recepire nel nostro ordinamento le riflessioni sviluppate in merito all'autoria mediata. In questo senso sono state prese in considerazione alcune disposizioni presenti nella parte generale del codice penale italiano, con le quali, in una serie di ipotesi ben determinate, viene sancita la penale responsabilità del soggetto che si serva, con peculiari modalità d'azione, del fatto di reato posto in essere da individui *lato sensu* non punibili. Avuto riguardo alla possibile analogia di tali fattispecie con la teoria tedesca dell'autore mediato, sulla quale ci si è già soffermati, ci si è chiesti se le ipotesi così disciplinate non andassero inquadrate, anche alla stregua del diritto positivo italiano, in termini di reati commessi in forma monosoggettiva.

A parte qualche isolata posizione divergente¹², la dottrina italiana è ormai concorde nel ritenere che tutte le ipotesi di questo tipo, seppure diversamente collocate nel codice penale italiano, possano essere in generale agevolmente e opportunamente ricondotte al fenomeno del concorso di persone nel reato¹³.

Al riguardo, è bene precisare che le norme che hanno stimolato tali riflessioni sono state principalmente quelle di cui agli artt. 48, 54 co.3 e 86 Cp, che disciplinano rispettivamente le ipotesi di reato commesso in errore determinato dall'altrui inganno, di stato di necessità provocato dall'altrui minaccia e di determinazione in altri di stato di incapacità per fargli commettere un reato. Nell'ambito di tali disposizioni viene chiamato a rispondere del reato commesso dal soggetto non punibile esclusivamente chi abbia cagionato la situazione di volta in volta considerata nelle singole previsioni. Inconferenti, invece, possono perlopiù ritenersi i richiami fatti ad altre norme e in particolare, tra queste, a quella sul costringimento fisico, di cui all'art. 46 Cp, atteso

¹¹ Come è stato efficacemente rilevato da T. Padovani, *op. cit.*, 30 s.

¹² V., per tutti, A. R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*², Napoli 1964, 75 ss., ove si osserva che i casi dei quali ci si sta occupando in questa sede non sono riconducibili al concetto di compartecipazione criminosa, ma solo, a determinate condizioni, a quello distinto di reità mediata. L'autore rileva inoltre come negli stessi lavori preparatori al codice penale si parlasse, in relazione all'art. 48 Cp di «responsabilità per causa mediata» e osserva che «questa definizione spiega, tra l'altro, l'inclusione dell'art. 48 tra le disposizioni relative al «reato consumato e tentato» (capo I, tit. III della parte generale del codice) anzi che tra le norme che disciplinano il «concorso di persone nel reato», e la terminologia adottata per contrassegnare l'azione posta in essere dal soggetto ingannato».

¹³ Sul punto, v., per tutti, G. de Vero, *Corso di diritto penale II*, Torino 2017, 43 ss.; S. Camaioni, *op. cit.*, 50 ss., ove si dà atto altresì delle differenti modulazioni con le quali tale prospettazione è accolta in dottrina.

che in questo caso non è consentito ravvisare rispetto al *deceptus* un vero e proprio fatto dell'uomo, con la conseguenza che il principio di personalità della responsabilità penale osta alla qualificazione come autore immediato del delitto di un soggetto che *non agit, sed agitur*¹⁴.

Quanto alle altre ipotesi richiamate, come si diceva, esse vanno invece ricondotte nei binari del concorso di persone nel reato e siffatta conclusione appare ineludibile per almeno due ordini di ragioni. Anzitutto la figura dell'autore mediato è figlia di quella stessa teoria dell'accessorietà, la quale nel diritto penale italiano mostra tutta la sua inadeguatezza, da un lato, con riferimento alle ipotesi di esecuzione frazionata tra i compartecipi nel delitto e, dall'altro, nel caso di commissione del fatto materiale di reato proprio da parte dell'*extraneus*¹⁵.

E comunque non appare conveniente diversamente opinare, tanto più ove si tenga presente che in effetti, come è peraltro stato già rilevato nel paragrafo precedente, la figura dell'autore mediato è nata in Germania, fondamentalmente quale espediente per risolvere alcune questioni pratiche ben precise, che sono già disciplinate nell'ordinamento italiano da puntuali disposizioni della parte generale del codice, le quali non possono essere intese dunque quali espressione di un più ampio principio generale. Una simile impostazione sarebbe idonea ad innescare evidenti tensioni con il principio di legalità, a dispetto peraltro del buon esercizio di frammentarietà che può invece riconoscersi, in questa occasione, al legislatore italiano con riferimento agli artt. 48, 86 e 54 co.3 Cp.

A convincere, poi, che la questione vada risolta nel senso già prospettato sono invero almeno altre due disposizioni in materia di concorso di persone nel reato: gli artt. 112 e 119 Cp. La prima stabilisce all'ultimo capoverso che, «anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile», trovano applicazione determinate circostanze aggravanti di cui al I co., alcune delle quali riconducibili in generale proprio a situazioni disciplinate dalle stesse norme che dovrebbero essere espressione della teoria dell'autore mediato, e, più in particolare, a quella di cui all'art. 86 Cp¹⁶.

Di contro, la disposizione che sancisce il principio della non comunicabilità delle circostanze soggettive di esclusione della pena per taluno dei concorrenti nel reato (art. 119 Cp), si riferisce, tra le altre, a situazioni quali quella dell'esecutore materiale

¹⁴ In questo senso, v. G. de Vero, *Corso di diritto penale II*, cit., 44.

¹⁵ Sul punto, v., per tutti: M. Romano – G. Grasso, *Pre-Art.110 – Del concorso di persone nel reato*, in *Commentario sistematico del codice penale*⁴, II, Milano 2012, 146 s., ove acutamente si conclude che, se merito della teoria dell'accessorietà è sicuramente quello di «sottolineare, anche nel nostro sistema, la non punibilità del contributo atipico in tutti i casi in cui esso non si ponga in relazione con la realizzazione di un reato (v. art. 115/1); essa ha però il torto di pretendere di instaurare una relazione di dipendenza necessaria tra un tale contributo e un'azione principale, che in concreto può mancare o non essere risolutiva»; A. di Martino, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. de Francesco, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino 2011, 151 ss, secondo il quale non sarebbe plausibile «distinguere fra condotta principale e condotta accessoria», oltre che nelle ipotesi già prese in considerazione, «in quella di correatità». *Contra*: G. Marinucci – E. Dolcini, *op. cit.*, 486 ss., secondo i quali il legislatore italiano avrebbe invece aderito al modello dell'accessorietà minima.

¹⁶ In questo senso, v. G. de Vero, *Corso di diritto penale II*, cit., 45.

sprovvisto di dolo per errore *ex art.* 48 Cp, ovvero, almeno accedendo all'indirizzo che ravvisa nell'ultimo capoverso dell'art. 54 Cp una scusante¹⁷, al fatto commesso in stato di necessità determinato dall'altrui minaccia.

Alla luce dei rilievi ora svolti con riferimento agli artt. 112 e 119 Cp, la dottrina dominante conclude nel senso che sarebbe lo stesso legislatore ad imporre di ascrivere alla materia del concorso di persone nel reato quelle ipotesi in relazione alle quali sarebbe stato possibile argomentare, in assenza di indicazioni positive univoche, a favore di una soluzione analoga a quella propria dell'autoria mediata alla stregua dell'ordinamento penalistico tedesco¹⁸.

Così sintetizzata l'impostazione condivisa dalla dottrina dominante, si può osservare come ancora oggi risulti invece un po' meno radicale l'approccio della giurisprudenza, anche di legittimità, atteso che in diverse sentenze con le quali è stata data applicazione in generale alle norme ora richiamate e più in particolare all'art. 48 Cp, essa si è mostrata incline a richiami talora non molto rigorosi alla teoria di origine tedesca, quasi a riconoscerle diritto di cittadinanza nel sistema italiano¹⁹. È tuttavia opportuno considerare che non sono mancate parimenti altre pronunce con le quali si è riconosciuto in maniera netta che, con riferimento alle ipotesi normative in discussione, si «realizza un particolare e qualificato comportamento del tutto compatibile con il contributo sotteso dalla formula di cui all'art. 110 cod. pen.»²⁰.

¹⁷ Al riguardo, cfr.: G. Panebianco, *Lo stato di necessità*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. de Vero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino 2010, 406 s., cui si rinvia altresì per i puntuali riferimenti alle varie posizioni che sul punto si sono nel tempo registrate tanto in dottrina quanto in giurisprudenza; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, 551 ss. Per una posizione intermedia tra chi ravvisa nella scriminante in parola una scusante e chi una causa di liceità, v., per tutti: G. de Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*², Torino 2011, 299 ss., il quale ravvisa nella previsione di cui all'art. 54 Cp ora una scriminante e ora una scusante; C. Fiore – S. Fiore, *Diritto penale, parte generale*⁵, Torino 2016, 373 ss., ove, sulla scorta di acute osservazioni, si conclude nel senso che «nelle ipotesi disciplinate dall'art. 54, tutte le volte in cui il rapporto di proporzione fra i beni non risulti manifestamente sbilanciato a favore del bene che l'azione necessitata tende a salvaguardare, è la logica delle *scusanti* – fondata essenzialmente sulla non esigibilità del comando – ad apparire decisiva per l'esclusione della punibilità. (...) Risulta, dunque, confermata la impossibilità di una configurazione *unitaria* delle ipotesi di non punibilità che si ricollegano a uno "stato di necessità"; le previsioni normative che, esplicitamente o implicitamente, evocano questa categoria si prestano, infatti, ad essere ricondotte all'una o all'altra categoria di esimenti, a seconda della logica che prevalentemente le ispira» (Corsivo dell'autore).

¹⁸ Sul punto v., per tutti, G. de Vero, *Corso di diritto penale II*, cit., 45 s.

¹⁹ Cfr., tra le altre: Cass. 31.1.2007, n. 7664, in *CEDCass*, rv. 236542; Cass. 15.11.2006, n. 13779, in *CEDCass*, rv. 236141; Cass. 21.9.2004, n. 40827, in *CEDCass*, rv.230114, nell'ambito delle quali la Corte si è interrogata circa la possibilità che il privato, il quale avesse rappresentato false informazioni al pubblico ufficiale, dovesse rispondere quale, appunto, autore mediato del delitto di falso di cui agli articoli 48 e 479; Cass. 27.2.2013, n. 9226, in *DPP*, 2013, 826 ss., con nota di V. Magnini, *La punibilità dell' "autoriciclaggio" realizzato per interposta persona*, ove si è escluso che, in vigenza dell'ormai superato beneficio d'impunità per i fatti di autoriciclaggio, il concorrente nel *predicate crime* potesse rispondere *ex art.* 48 del reato di cui all'art. 648 Cp, nonostante la clausola di riserva ivi contenuta, qualora per le operazioni di *laundering* si fosse servito di soggetto sprovvisto di dolo, a causa dell'errore in quest'ultimo determinato dall'inganno del primo.

²⁰ V., in tal senso, Cass. 26.10.2016, n. 3644, in *CEDCass*, rv.269548, nella quale si discuteva se il privato

Sulla scorta di tali rilievi, si può ragionevolmente ritenere che la giurisprudenza concordi nella sostanza con le osservazioni acutamente fatte dalla quasi unanime dottrina circa l'impossibilità di applicare il modello tedesco dell'autore mediato nel sistema penale italiano. Sarà allora interessante interrogarsi su quale collocazione, nell'ambito della cornice adesso delineata, possa riconoscersi a quel principio di diritto formulato dalla Corte di Cassazione in tema di giurisdizione, dal quale questa trattazione ha preso le mosse e al quale è ora possibile tornare.

4. Nel paragrafo precedente si è chiarito sulla scorta di quali argomenti la dottrina dominante e sostanzialmente, sia pure nei limiti delle precisazioni già fatte, anche la giurisprudenza abbiano correttamente inteso ripudiare i tentativi di "importazione" della teoria dell'autore mediato nel sistema penale italiano. Si è però già dato conto di come, specie negli ultimi anni, sia stato cionondimeno ampiamente richiamato il meccanismo proprio dell'autoria mediata da quella giurisprudenza volta all'affermazione della sussistenza della giurisdizione italiana in relazione alla repressione di fatti riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 12 co.1 TuImm, nel caso di migranti irregolari giunti sul territorio italiano solo grazie al pronto intervento, in acque internazionali, delle imbarcazioni messe a disposizioni dai soccorritori. Sennonché il vero *vulnus* nell'impostazione ormai pacificamente accolta dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità non sta tanto nel richiamo alla figura dell'autore mediato, comunque infelice alla luce di quanto già ampiamente ribadito, quanto piuttosto nella disinvolta applicazione che viene fatta dell'art. 54 co.3 Cp. Pur potendosi anche ammettere un riferimento alla controversa figura dell'autore mediato – avuto riguardo, da un lato, ad alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità²¹ e, dall'altro, a quella dottrina che finisce per riconoscere a tale categoria una funzione puramente definitoria e classificatoria²² – è in relazione alla possibilità di applicare alle ipotesi in discussione il disposto di cui all'art. 54 co.3 Cp che sorgono più consistenti perplessità. Tali dubbi prescindono dalle stesse considerazioni talvolta prospettate in dottrina circa l'impossibilità di ricondurre comunque il disposto dell'art. 54 co.3 Cp alle ipotesi di autoria mediata²³: è invero la formulazione della norma richiamata a ostare a una sua applicazione in relazione ai casi problematici in esame, sia pure al solo fine dell'affermazione della giurisdizione italiana.

che avesse rappresentato false informazioni al Conservatore del Registro delle Imprese dovesse rispondere quale autore mediato ex art. 48 Cp, che viene ricondotto appunto al fenomeno concorsuale, nonostante il riferimento, probabilmente solo a fini classificatori, alla figura dell'autore mediato.

²¹Il riferimento è a quelle sentenze già richiamate alla nota 20, che danno conto di un utilizzo dell'espressione in questione, spesso tutt'altro che rigoroso, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

²²V., in questo senso, F. Mantovani, *Diritto penale*¹⁰, Padova 2017, 509.

²³Al riguardo, v. C. Fiore – S. Fiore, *op. cit.*, 578 ss., ove si osserva che «lo schema della reità mediata ricomprende esclusivamente i casi in cui l'esecutore materiale realizza la fattispecie oggettiva di un reato, senza il concorso della sua volontà». Diversamente – si rileva – nel caso di stato di necessità determinato dall'altrui minaccia «la condotta dell'esecutore materiale, poiché integra gli estremi di un fatto tipico doloso (sia pure non punibile), realizza i requisiti minimi per il concorso del determinatore ai fini e per gli effetti dell'art. 110 Cp.» (Corsivo dell'autore).

La norma sullo stato di necessità scrimina, a ben determinate e stringenti condizioni, chi commette un reato perché costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, fermo restando che – come prescritto dall’ultimo capoverso dell’art. 54 – se lo stato di necessità è determinato dall’altrui minaccia, del reato risponderà chi ha costretto l’esecutore materiale a commettere il fatto. È appena il caso di rilevare che si tratta di disposizioni caratterizzate da requisiti di tipicità piuttosto puntuali. A tal proposito, è bene rammentare che, se è vero che vi è chi ritiene che possa operarsi una lettura estensiva o persino analogica *in bonam partem* di disposizioni *lato sensu* scriminanti²⁴ quali in questo caso quelle di cui al co.1 e al primo inciso del co.3 dell’art. 54 Cp, è altrettanto vero che nella parte conclusiva dell’ultimo capoverso dello stesso articolo è contenuta invece una norma ben diversa, che svolge un’evidente funzione d’incriminazione per colui che provoca con la minaccia la situazione necessitata. Va da sé che non può ammettersi alcuna lettura di tale clausola finale che non sia rigorosamente rispettosa del dato letterale. Ora, per potere applicare l’art. 54 co.3 nel caso in esame, sarebbe necessario anzitutto riscontrare la presenza di tutti i presupposti e requisiti strutturali richiesti dal primo co., e, in secondo luogo, di una coazione psichica, che potrebbe essere anche solo relativa²⁵. Ciò di cui sembra potersi subito dubitare, però, è che, nelle condotte per le quali si procedeva allorquando la giurisprudenza è giunta ad affermare il principio dal quale abbiamo avviato l’indagine, vi sia stata da parte dei trafficanti di migranti una qualsiasi forma di coazione morale, tale da renderli “autori mediati” rispetto al fatto dei soccorritori. Invero le sentenze con le quali si è consolidata la tesi della riconducibilità dei casi in esame all’ipotesi *ex art. 54 co.3 Cp*, non fanno mai riferimento in motivazione al requisito della coazione psichica, ma, tutt’al più, alla situazione di minaccia attuale e concreta di danno grave alla persona, nella quale si sono venuti a trovare i migranti trasportati. Il richiamo a questo tipo di minaccia appare insufficiente e viepiù fuorviante. Così opinando, infatti, si finisce per operare una commistione di piani, non tenendo presente che una situazione che minaccia pericolo costituisce concetto ben diverso da quello di minaccia che determini una situazione necessitata. La ricostruzione non può dunque essere condivisa, né rileva, ai fini della coazione psichica di cui all’ultimo capoverso dell’art. 54 Cp, la circostanza che i trafficanti abbiano messo in conto e dunque provocato l’intervento dei soccorritori, per sfruttarlo a proprio favore, tanto più – è bene ribadirlo – ove da una simile lettura *praeter legem* si pretenda di far discendere conseguenze *in malam partem*. In questi casi potrebbe trovare applicazione semmai la sola scriminante di cui al I co. dell’art. 54 Cp e nei confronti dei soli soccorritori, i quali, in effetti, finiscono

²⁴È la posizione sostenuta, con particolare riferimento alle cause di giustificazione, da G. Marinucci – E. Dolcini, *op. cit.*, 271 s. *Contra*: G. de Vero, *Corso di diritto penale I*, cit., 281 ss., secondo il quale il fondamento del divieto di analogia previsto dall’art. 14 delle preleggi in relazione alle norme penali ed eccezionali risiede nella tassatività che le contraddistingue, con la conseguenza che, essendo tassative una parte non esigua delle scriminanti tipizzate dal legislatore (e tra queste lo stesso art. 54 Cp), anche queste devono ritenersi insuscettibili di applicazione analogica.

²⁵ V. G. Panebianco, *op. cit.*, 421.

per concorrere nel fatto degli “scafisti”, dai quali non vengono però certamente coartati nei termini richiesti dalla norma in parola.

In realtà anche in relazione all’applicabilità dell’art. 54 co.1 Cp. nelle ipotesi di cui ci si sta occupando dovranno farsi nel prosieguo considerazioni più puntuali. Ciò che tuttavia sembra opportuno ribadire sin da subito è che il richiamo della giurisprudenza di legittimità all’art. 54 co.3 Cp non è calzante. Tale norma, infatti, svolge, qualora siano soddisfatte le condizioni di tipicità richieste, una particolare funzione d’incriminazione, la quale, in questo caso, per un verso non può essere esplicitata senza forzarne il dettato normativo; per altro verso non è nemmeno necessaria, vista la possibilità (*rectius*: l’opportunità) di ravvisare in tali fatti un’ordinaria ipotesi di compartecipazione criminosa.

Rimane dunque da chiedersi se per tale via può risolversi in maniera più convincente il problema che ha sollecitato l’intervento della giurisprudenza di legittimità sulla possibilità di radicare la giurisdizione italiana qualora i soccorritori siano intervenuti in acque internazionali.

5. È giunto il momento di comprendere se è possibile radicare la giurisdizione italiana per il reato di traffico di immigrati irregolari commesso dagli “scafisti”, qualora l’ingresso nel territorio nazionale sia avvenuto ad opera dei soccorritori, essendo stati abbandonati i viaggiatori in situazione di pericolo in acque internazionali.

A quanto già osservato con riferimento all’impossibilità di ritenere integrata in tali ipotesi la fattispecie di cui all’art. 54 co.3 Cp, si possono adesso aggiungere ulteriori rilievi. Innanzitutto si deve tenere presente che sono stati sollevati dubbi sulla stessa sussistenza di una situazione in generale riconducibile allo stato di necessità. Si è infatti osservato in dottrina che il soccorso in mare, avuto riguardo quantomeno al disposto dell’art. 98 della Convenzione di Montego Bay, costituisce nel nostro ordinamento l’oggetto di uno specifico obbligo giuridico, con la conseguenza che l’intervento dei soccorritori in acque internazionali integrerebbe piuttosto l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica, di cui all’art. 51 Cp²⁶. Ci si potrebbe forse interrogare, a questo punto, sul rischio che, accedendo a un simile indirizzo, la scriminante in parola – sulla cui natura di causa di giustificazione non vi sono dubbi²⁷ – esclusa l’antigiuridicità della condotta tipica, torni a beneficio degli stessi trafficanti, in applicazione del principio di cui all’art. 119 cpv. Cp²⁸. Tuttavia ciò che davvero interessa rilevare, almeno per il momento, è che riconducendo tali casi non più nell’ambito applicativo dello stato di necessità bensì in quello dell’adempimento di un dovere, non viene certo districato il nodo problematico della configurabilità della giurisdizione italiana per i delitti in questione.

²⁶ V., in tal senso, M. T. Trapasso, *Il richiamo giurisprudenziale all’“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all’immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in AP 2017, 2, 591 ss.

²⁷ In questo senso v., per tutti, G. Panebianco, *L’esercizio di un diritto*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, cit., 329 ss.

²⁸ In tema di valutazione delle «circostanze di esclusione della pena» di cui all’art. 119 Cp., v., per tutti, G. de Vero, *Corso di diritto penale II*, cit., 65 ss.

In realtà si può osservare che la ricostruzione ora prospettata costituisce, a ben vedere, una prevedibile conseguenza di quegli argomenti spesi dalla stessa giurisprudenza di legittimità nel motivare l'affermazione del principio secondo il quale l'intervento dei soccorritori sarebbe da ascrivere alla disciplina dettata nella parte generale del codice penale per lo stato di necessità. Nelle sentenze in questione, infatti, se, da un lato, viene riconosciuto uno stato di necessità *ex art. 54*, dall'altro, si insiste sulla doverosità del soccorso in mare, circostanza, questa, che sembra evocare evidentemente un'ipotesi più vicina a quella di cui all'*art. 51 Cp*²⁹.

Tuttavia, almeno sotto il profilo delle ricadute pratiche, poco cambia che si ritenga integrata in questi casi un'ipotesi di adempimento del dovere piuttosto che di stato di necessità. Quale che sia l'intendimento della giurisprudenza di legittimità, infatti, in entrambi i casi, una volta che si sia esclusa la possibilità di ascrivere il fatto di traffico di immigrati clandestini ai soli autori mediati, così da servirsi di quelli immediati (i soccorritori) al solo fine di affermare la giurisdizione italiana nei confronti dei primi, non sembra, almeno apparentemente, rimangano altre vie percorribili che non somiglino a sinistri vicoli ciechi. Al riguardo non si è mancato di osservare che, scriminata la condotta dei soccorritori, dal momento che ai fini della fattispecie delittuosa in commento non è necessario che i migranti raggiungano il territorio nazionale ed essendo invece sufficiente che i trafficanti pongano in essere atti a ciò diretti, il loro crimine si consumerebbe in effetti in acque internazionali. Né – si è detto – potrebbe ravvisarsi un contributo concorsuale in capo agli stessi soccorritori, il cui intervento nella vicenda in commento rimane pur sempre incerto o comunque di tipo indeterminato³⁰.

Tuttavia la possibilità di ricondurre tali particolari fatti nell'ambito della compartecipazione criminosa non risulta, a ben guardare, preclusa. L'assunto secondo il quale non potrebbe riconoscersi all'opera dei soccorritori un autentico contributo causale nel delitto commesso dai trafficanti, non coglie nel segno. Allo stesso è anzi possibile replicare riportando alcuni condivisibili rilievi svolti dalla Corte di Cassazione nelle motivazioni di quelle medesime sentenze dalla critica delle quali le presenti riflessioni hanno avuto origine: «l'intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile, (...) ma è un fatto non solo previsto ma voluto e addirittura provocato. In buona sostanza, come anche gli ultimi accadimenti hanno consentito di accertare, la cinica azione di abbandono in acque extraterritoriali dei disperati è destinata proprio a (...) stimolare l'intervento *ad adiuvandum* che conduca all'approdo i clandestini e quindi al raggiungimento dell'obiettivo dell'associazione che mira

²⁹ Al riguardo, v., per tutte, Cass. 28.2.2014, n. 14510, cit., 4 s., ove si osserva, infatti, quanto segue: «La cinica azione di abbandono in acque extraterritoriali dei disperati è destinata proprio a produrre la situazione di necessità, atta a stimolare l'intervento *ad adiuvandum* che conduca all'approdo i clandestini (...). È bene non dimenticare che in tali evenienze l'intervento di soccorso è doveroso, ai sensi delle Convenzioni internazionali sul diritto del mare (Convenzione di Amburgo del 27.4.1979, ratificata con legge n.147/1989 e relativo regolamento D.P.R. n. 662/1984, ed art. 98, della Convenzione di Montego Bay), anche una volta avuto contezza dell'illiceità dell'immigrazione. L'azione di salvataggio dunque non può essere considerata isolatamente, rispetto alla condotta pregressa».

³⁰ È quanto sostiene M. T. Trapasso, *op. cit.*, 594 s.

ovviamente ad assicurare lo sbarco (il risultato), onde perpetuare la continuità dell'intrapresa e quindi la lucrosa fonte di guadagno»³¹.

Ai margini di questo ragionamento della giurisprudenza di legittimità, si possono sviluppare alcune importanti osservazioni.

Si può anzitutto evidenziare che l'incriminazione di cui all'art. 12 co.1 TuImm rientra nel novero delle c.d. norme a più fattispecie, dette anche norme miste alternative³². La disposizione *de qua*, infatti, a seguito delle modifiche apportate con l. n. 94/2004, punisce, tra l'altro, chi effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso. Vero è, come già ribadito, che il reato può dirsi già consumato, con particolare riferimento alla condotta tipica degli atti diretti a procurare l'ingresso illegale di migranti, ben prima che i clandestini valichino i confini nazionali³³. Tuttavia pare che la condotta tipica integrata nei casi in esame sia invece quella ben diversa di trasporto di stranieri nel territorio dello Stato. Il fatto che il contegno tenuto dai trafficanti possa già da solo integrare gli atti diretti all'ingresso dei migranti irregolari non può considerarsi circostanza idonea a distogliere l'attenzione dell'interprete dal complessivo e diverso fatto di trasporto in Italia, che viene realizzato in concorso con i soccorritori. Depongono a favore della tesi almeno due argomenti. Il primo attiene alle vicende modificative che hanno interessato il reato in considerazione, con il quale, nella versione originaria, veniva incriminato il comportamento di chiunque compisse attività dirette a favorire l'ingresso di stranieri nel territorio italiano. Ora, il fatto che condotte a questa già riconducibili siano state successivamente tipizzate dal legislatore in maniera più puntuale e secondo l'articolazione che si rinviene nel testo attualmente in vigore³⁴, non può che indurre l'interprete a prendere in esame, di volta in volta, la fattispecie effettivamente integrata, tra le più previste in seno alla disposizione in parola.

Il secondo argomento ha riguardo, invece, alla circostanza che, non solo sotto il profilo oggettivo la fattispecie concretamente posta in essere nel caso in esame è quella di trasporto sul territorio nazionale di irregolari piuttosto che quella relativa al semplice compimento di atti idonei al loro ingresso, ma vieppiù che, dal punto di vista psicologico, è esattamente questo il fatto di reato che sin dall'inizio i trafficanti si rappresentano e vogliono. Come correttamente ritenuto nelle citate sentenze della giurisprudenza di legittimità, infatti, le organizzazioni dei trafficanti – pur mostrando quasi sempre grave incuria rispetto alle condizioni di sicurezza, oltre che alla stessa dignità, dei trasportati, spesso sottoposti a gravi rischi – mirano comunque in

³¹ V. Cass. 28.2.2014, n. 14510, cit., 4.

³² Su questa peculiare categoria di norme incriminatrici, con particolare riferimento al problema dell'unità o pluralità di reati, v., per tutti, F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale, parte generale*⁶, Torino 2016, 533 s.

³³ Si tratta, secondo dottrina e giurisprudenza unanime, di reato a consumazione anticipata, che non richiede, per il suo perfezionamento, l'ingresso illegale dei migranti. Sul punto, v., per tutti, A. Caputo, *op. cit.*, 45 ss.

³⁴ Per una «cronistoria del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina» v. A. Stomeo, *Favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolare*, in *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di S. Centonze, *Giurisprudenza / Oggi*, diretto da P. Cendon, Torino 2010, 209 ss.

definitiva al buon esito della traversata intrapresa. Gli stessi, invero, prevedono e si affidano all'intervento salvifico dei soccorsi da loro stimolato, consapevoli dell'importanza di questo, ai fini dell'effettivo programma criminoso, ma anche della continuità della lucrosa fonte di guadagno.

Né pare, poi, possa comunque argomentarsi nel senso dell'assenza dell'elemento soggettivo proprio del concorso di persone nel reato. Al riguardo, anche a non voler evocare le inquietanti possibilità di commistioni tra trafficanti e soccorritori, pur di recente paventate anche in sedi istituzionali³⁵, si deve rammentare che, secondo l'insegnamento della dottrina maggioritaria³⁶ e della costante giurisprudenza³⁷, ai fini del dolo di concorso non sono necessari un previo accordo né una reciproca consapevolezza dell'altrui partecipazione, essendo invece sufficiente la coscienza unilaterale dell'altrui contributo, elemento, quest'ultimo, che, quantomeno in capo ai soccorritori, ricorre senz'altro nei casi in esame.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, sembra, dunque, corretto qualificare la vicenda nei termini di un concorso di persone, da ascrivere tanto ai trafficanti quanto ai soccorritori, nel reato di trasporto di stranieri irregolari nel territorio italiano, in parte posto in essere, con particolare riferimento al contributo materiale apportato dai soccorritori, sul territorio nazionale e, per l'effetto, perseguibile (ex art. 6 Cp) dall'autorità giudiziaria italiana nei confronti di tutti i concorrenti.

Ma, anche ricostruendo il fatto in questi termini, pur radicata la giurisdizione italiana, bisogna ancora comprendere se è possibile imboccare una via che permetta di esonerare da conseguenze penali gli operatori dei soccorsi ma non i trafficanti; risultato il cui raggiungimento, come si è detto, non appare particolarmente agevole facendo ricorso alle scriminanti comuni già richiamate, vuoi perché comunque mal si attagliano al caso in esame (è il caso dell'art. 54 Cp), vuoi semplicemente in quanto cause di liceità idonee ad escludere l'antigiuridicità del fatto rispetto a tutti i compartecipi.

Si può però tentare comunque di fare un passo in avanti, osservando che proprio nell'ambito della stessa *sedes materiae* del delitto di traffico di immigrati clandestini è possibile rinvenire una norma sulla cui portata, a questo punto, sembra opportuno porre l'attenzione. Il riferimento è all'art. 12 co.2 TuImm, nel quale è disciplinata la c.d. scriminante umanitaria³⁸. È già sotto il profilo della collocazione della disposizione, avuto riguardo alla prossimità della scriminante in parola rispetto ai fatti delittuosi dei quali ci si sta occupando, che si può immaginare che essa possa giocare un ruolo

³⁵ Il riferimento è alle dichiarazioni rese nella primavera del 2017 dal Procuratore di Catania, dott. Carmelo Zuccaro, il quale riferì che, nell'ambito di indagini svolte dal suo ufficio, si era presa in considerazione la possibilità che alcune delle Ong operanti nel Canale di Sicilia fossero addirittura finanziate dagli stessi trafficanti di esseri umani.

³⁶ Sul punto, cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, *op. cit.*, 494; G. Fiandaca – E. Musco, *op. cit.*, 533 s.

³⁷ Al riguardo, v., per tutti, Cass. 15.1.2013, n. 18745, in *CEDCass*, rv. 255260, ove si osserva espressamente come «in tema di concorso di persone nel reato, la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo».

³⁸ «Fermo restando quanto previsto dall'art. 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».

importante nell'ambito del ragionamento che si sta conducendo. Tuttavia, perché la si possa ritenere anzitutto applicabile e in secondo luogo risolutiva rispetto alle questioni problematiche alle quali si sta cercando di consegnare un rimedio, occorre affrontare preliminarmente due distinte questioni.

Partendo dalla prima, è anzitutto necessario chiarire se i fatti della sistemazione dei quali si sta discutendo siano effettivamente riconducibili all'ipotesi descritta dalla scriminante umanitaria. Alla disposizione in parola è stata invero riconosciuta una particolare latitudine applicativa con riferimento: a) da un lato, ai presupposti richiesti perché la relativa situazione di bisogno sia integrata, che appaiono molto meno rigorosi di quelli di cui all'art. 54 Cp; b) dall'altro, alle specifiche figure di reato interessate, che sarebbero quantomeno tutte quelle previste dai vari commi del più volte citato art. 12³⁹. Non sembra, dunque, ragionevolmente revocabile in dubbio che le attività di soccorso apportate nei casi di cui si discute possano essere scriminate dalla disposizione in parola. Né particolari ostacoli sembrano frapposti dall'inciso che richiede che le attività siano poste in essere in Italia nei confronti di stranieri che ivi si trovino. Al di là delle possibili censure in termini di ragionevolezza che potrebbero muoversi avverso una simile previsione⁴⁰, tenuto conto che la stessa si riferisce in primo luogo a un reato che il più delle volte si consuma già fuori dal territorio italiano, è comunque il caso di ribadire quanto già osservato, ossia che una parte decisiva della condotta dei soccorritori viene realizzata in acque territoriali.

Chiarito che la scriminante in parola può trovare applicazione in relazione alle ipotesi in commento, si può introdurre la seconda questione, quella inerente alla possibilità di pervenire, ricorrendo alla disposizione *de qua*, a conclusioni risolutive rispetto all'ultimo problema rimasto ancora aperto, cioè il rischio che una siffatta norma di favore torni a beneficio degli stessi trafficanti. A tal proposito, è necessario procedere a una più puntuale qualificazione dogmatica della disposizione in commento. In primo luogo sembra si possa escludere che all'art. 12 cpv. sia stata introdotta una scusante, non ravvisandosi alcun elemento che suggerisca la ricorrenza di quella inesigibilità del comportamento rispettoso della norma penale, a causa di concomitanti circostanze anomale che influiscono sul processo motivazionale dell'agente, che costituisce il minimo comune denominatore delle scriminanti in parola⁴¹.

A onor del vero, la dottrina tende perlopiù a ravvisare in questa disposizione una causa di giustificazione, valorizzando, da un lato, il richiamo all'art. 54 Cp e, dall'altro, l'inciso «non costituiscono reato»⁴². A ben vedere, però, la norma in commento non sembra atta tanto ad escludere l'oggettiva antigiuridicità di un fatto tipico in sé considerato, quanto piuttosto a riconoscere l'encomiabile funzione delle attività di soccorso e di assistenza umanitaria in favore di migranti bisognosi, che non sarebbe

³⁹ Sul punto, cfr. C. Morselli, *op. cit.*, 390 s.; A. Caputo, *op. cit.*, 93 ss.

⁴⁰ V., in tal senso, A. Caputo, *op. cit.*, 93 ss., secondo il quale, se si esclude l'applicabilità diretta della scriminante in relazione a condotte realizzate all'estero, ««deve ritenersi praticabile il ricorso all'analogia, ritenuta, entro ristretti limiti, ammissibile nel diritto penale se *in bonam partem*»».

⁴¹ Sulle caratteristiche precipue nonché per un corretto inquadramento delle scriminanti *de quibus*, v., per tutti, G. de Vero, *Corso di diritto penale II*, cit., 122 s; G. Marinucci – E. Dolcini, *op. cit.*, 429 ss.

⁴² V., *supra*, nota 38. Cfr., per tutti, A. Caputo, *op. cit.*, 92 s.

certo conveniente reprimere. La valutazione del legislatore sembra rivolta, dunque, più ai singoli soggetti che prestano soccorso e assistenza umanitaria, che a un fatto di reato, commesso magari, come peraltro quasi sempre nell'ambito dei fenomeni migratori clandestini, in concorso da più soggetti, che possono ricoprire ruoli anche radicalmente diversi. Appare così più corretta la qualificazione dell'art. 12 cpv. quale causa di esclusione della pena, fondata su evidenti e condivisibili ragioni di opportunità politico-criminale, attinente alla posizione di determinati individui rispetto all'interesse concretamente tutelato dalla norma incriminatrice. Inoltre è proprio il richiamo all'art. 54 Cp a deporre probabilmente in favore della sua ricostruzione in termini di causa di esclusione della pena. Infatti, se deve riconoscersi un significato alla clausola di riserva inserita nell'*incipit* dell'art. 12 cpv., questo può essere proprio quello di segnalare una diversità di *ratio* tra le due disposizioni. A tal proposito la scriminante umanitaria potrebbe appunto fungere da causa di non punibilità per tutte le ipotesi in cui non sia possibile escludere a monte l'antigiuridicità del fatto tipico, così da svolgere una opportuna funzione sussidiaria in relazione a fatti spesso non facilmente valutabili⁴³. Peraltro la norma sullo stato di necessità è in generale applicabile solo in presenza di tutti gli elementi richiesti dall'art. 54 co.1 Cp. Si può dunque ritenere che in una situazione non troppo lontana da quella di cui all'art. 54 Cp, come quella descritta all'art. 12 cpv., non avrebbe avuto senso, dal punto di vista del legislatore, accontentarsi, ai fini dell'esclusione dell'antigiuridicità del fatto già tipico, di requisiti molto meno stringenti, senza contare che si sarebbe trattato di una discriminazione fatta in relazione a pochi reati e senza chiarirne la ragionevolezza. Di nuovo, sembra pertanto più opportuna una qualificazione della scriminante in parola quale causa di esclusione della pena, con la conseguenza che la stessa può trovare applicazione, ai sensi dell'art. 119 co.1 Cp, con esclusivo riguardo ai soggetti ai quali si riferisce, in questo caso i soccorritori e non anche gli "scafisti".

Seguendo l'impostazione ermeneutica proposta in queste pagine, dunque, è possibile risolvere in maniera agevole il problema dal quale queste riflessioni sono state stimulate, per un verso, senza bisogno di allontanarsi granché dalla sede dell'incriminazione che nelle ipotesi considerate viene in rilievo, e, per altro verso, senza nemmeno scomodare categorie dogmatiche lontane, se non del tutto estranee rispetto all'esperienza penalistica italiana.

43 Sulla opportunità di coniugare in sede di valutazione politico-criminale, soprattutto nell'ambito del diritto penale dell'immigrazione, l'approccio securitario e quello umanitario, v. V. Militello, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in RIDPP 2018, 1, 91 ss.