

## Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare

### *Jurisdictional Issues in the Fight Against Migrant Smuggling on the Sea*

SALVATORE ORLANDO  
*Dottore di ricerca in diritto penale*  
*salvatore.orlando@unipa.it*

---

---

#### ABSTRACT

I trafficanti di esseri umani si avvalgono con sempre più insistenza di ben collaudati protocolli operativi. Questi ultimi consentono loro di sottrarsi alla giurisdizione penale italiana che non si radica qualora – in ossequio ai criteri di cui all’art. 6 c.p. ed in conformità alla Convenzione sull’Alto Mare – l’azione illecita avvenga in acque internazionali. Così, premesse alcune linee concettuali sui limiti spaziali alla efficacia della legge penale, l’indagine si sofferma sulla soluzione ermeneutica offerta dalla Cassazione che, apparentemente in modo sbrigativo e per esigenze di effettività della risposta punitiva, ha fatto ricorso alla controversa figura dell’autore mediato per sanzionare condotte di favoreggiamento che si avvalgono strumentalmente dell’intervento di soccorso delle autorità costiere per realizzare il proprio intento criminoso. Per rafforzare l’ancoraggio del reato di cui all’art. 12 T.U. imm. al territorio italiano, si propone, dunque, una ricostruzione che faccia opportuno riferimento all’istituto del concorso di persone ed al reato eventualmente permanente. Infine, la necessità di un migliore inquadramento dogmatico della soluzione ermeneutica, unitamente alla propensione universalistica della legge penale in ipotesi di offesa a valori globali, potrebbe suggerire una interpretazione evolutiva dell’art. 7 c.p. proiettato oggi alla tutela dell’uomo, secondo moduli ermeneutici rinvenibili anche nel § 6 del codice penale tedesco.

Human traffickers frequently take advantage of operative protocols, that make them unpunishable pursuant the Italian Criminal Law, because, according to Art. 6 of the Italian Penal Code and International Convention on the High Sea, jurisdictional powers cannot be exercised when the conduct is committed on the High Sea. So, illustrating the territorial limitations of the efficacy of Criminal Law, the research focuses on the hermeneutical solution given by the Court of Cassation that, apparently with the intent of pursuing a more effectivity of the Criminal response, recurred to the controversial category of the indirect offender in order to sanction smuggling conducts that enjoy the rescue intervention of the Italian authorities to reach their criminal aims. In turn, in order to better identify the Italian jurisdiction in the crime of Art. 12 T.U. imm. I propose to correctly apply the concorso di persone (art. 110 c.p.) and the reato eventualmente permanente. The difficulties of a dogmatic framing, together with the trend towards a universalistic validity of the jurisdictional powers when human rights are involved, may recommend an interpretation of Art. 7 of the Italian Penal Code to cover a wider protection of human rights, according to interpretive solutions of § 6 of the German Penal Code.

SOMMARIO

1. La questione rilevante. – 2. Un’aspirazione universale mai definitivamente riconosciuta. – 3. Quando la realtà forza l’interpretazione. Un contrasto sopito? 3.1. Critiche alla dottrina dell’autore mediato *ex art.* 54, co. 3, c.p. e alla nozione di “esaurimento del reato”. – 4. Alcune riflessioni conclusive: *De iure condito* è meglio che *de iure condendo*.

## 1. La Questione rilevante.

Il Mar Mediterraneo è diventato il principale crocevia dei flussi migratori verso l’Europa.<sup>1</sup> Questi ultimi, in particolare nel corso degli ultimi cinque anni, si sono sottratti, eludendoli, ai controlli doganali e di polizia degli Stati rivieraschi e della stessa Unione Europea.

La tragica situazione in cui è piombata l’intera area mediterranea – prima florido snodo di traffici commerciali via mare – ha fatto sorgere il dilemma del contrasto al traffico illecito di esseri umani, a cui sono ormai dediti i più rilevanti *network* criminali africani.<sup>2</sup>

Se, da un lato, si è percorsa la strada di una risposta politica e diplomatica (con evidenti scarsi risultati<sup>3</sup>), dall’altro lato, è apparso necessario predisporre nuovi strumenti normativi – tanto repressivi, quanto preventivi – che fossero in grado di intercettare anche fatti avvenuti al di fuori dei tradizionali confini territoriali.<sup>4</sup>

Si è assistito, pertanto, ad operazioni criminali che, pur svolgendosi o prendendo le mosse oltre le coste ed il mare territoriale, esplicavano tuttavia i loro effetti dannosi e pericolosi all’interno del territorio nazionale. In particolare, le coste delle regioni meridionali dell’Italia, per quel che qui maggiormente interessa, sono state destinatarie di svariati sbarchi di migranti clandestini, alcuni dei quali, peraltro, culminati nella morte delle persone trasportate.<sup>5</sup>

A tal proposito, appare dunque di massima attualità il nuovo e a volte sfuggente *modus operandi* dei trafficanti di esseri umani, da ultimo individuato in diverse indagini preliminari e decisioni giudiziarie delle autorità italiane. In particolare, le strategie operative si svolgono nella nebulosa zona di confine tra acque territoriali (fino a 12 miglia dalla costa) e mare internazionale. L’ingresso dei migranti nelle acque territoriali avviene mediante un protocollo operativo ben consolidato: la nave madre, senza bandiera, incrocia le acque internazionali e lì staziona, per consentire il trasbordo dei migranti in navigli di supporto che raggiungono poi le coste italiane solo attraverso il soccorso delle autorità italiane, in questo modo sottraendosi ai poteri giurisdizionali<sup>6</sup>.

Le peculiarità del profilo autenticamente *transnazionale* del fenomeno sembra suggerire la possibilità di un ripensamento del concetto di giurisdizione penale e dei relativi criteri di validità della legge penale nello spazio in modo da garantire – quasi sulla falsariga di quanto accade nell’ambito del diritto internazionale<sup>7</sup> – la tutela dei diritti umani delle persone in ipotesi di condotte frazionate nello spazio, che sarebbe, per l’appunto, negata ove non dovesse configurarsi alcun organo dotato di giurisdizione e capace di esercitare la potestà punitiva ad essa connessa. In particolare, rilevante e decisivo appare in tal senso lo sforzo interpretativo esercitato dalle corti nazionali nell’attribuzione della legittimazione all’esercizio di poteri coer-

<sup>1</sup> Cfr. United Nations Refugee Agency (“Unhcr”), *Desperate Journeys. Refugees and migrants entering and crossing Europe via the Mediterranean and Western Balkans routes* (Febbraio, 2017), segnala che circa 181.436 persone siano arrivate in Italia via mare ed il 90% di queste sia entrato attraverso le rotte illecite con la Libia.

<sup>2</sup> Per una descrizione in chiave criminologica di tali traffic con particolare riferimento ai *network* nigeriani, tra tutti i più potenti, si legga CAMPANA P., *The Structure of Human Trafficking: lifting the bonnet on a Nigerian transnational network*, in *British Journal of Criminology* (56.1), 68.

<sup>3</sup> Costituiscono esempio di tali strumenti le risoluzioni europee, *Eur. Parl. Doc., Directorate-General for external Policies, Migrants in the Mediterranean: Protecting Human Rights* (2015).

<sup>4</sup> Per una analisi di alcune questioni giuridiche connesse alle operazioni *Mare Nostrum* e *Triton*, e più in generale, al tema della sorveglianza dei confini europei nel mediterraneo, si veda S. CARRERA, L. DEN HERTOG, *Whose Mare? Rule of law challenges in the field of European border surveillance in the Mediterranean*, CEPS Paper in *Liberty and Security in Europe*, N. 79/January 2015.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione dei profili giuridici attenta sia agli aspetti di tutela del migrante quanto di prevenzione e repressione dei fenomeni criminali che stanno ‘dietro’ le ondate migratorie, si veda l’opera *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>6</sup> DI CHIARA G., *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona*, in *Diritto e processo penale*, 1/2016, 5 s.

<sup>7</sup> In questa direzione, in senso contrario all’atteggiamento più scettico di Kelsen (*Teoria generale dello Stato*, Berlin, 37, secondo cui lo Stato non potrebbe ambire alla tutela della generalità dei soggetti), si collaca la dottrina internazionalistica; già R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1963.

citivi e, pertanto, giurisdizionali – come si suol dire di *enforcement* e *jurisdiction*<sup>8</sup> – non solo allo Stato nel cui ambito territoriale sia stato commesso l'illecito e a quello nazionale dell'autore del reato, ma anche a quello i cui interessi appaiono offesi.

Sulla scorta della base normativa fornita dal diritto internazionale – e, in particolare, dalla Convenzione di Montego Bay<sup>9</sup> e dalla Convenzione di Palermo con il protocollo sullo *smuggling*<sup>10</sup> – ed attraverso azioni investigative congiunte<sup>11</sup> – si è tentato, sebbene con esito non sempre convincente, di espandere i poteri giurisdizionali penali (ed i poteri coercitivi di fermo e sequestro) per contemperare “esigenze particolari” della sovranità, l'interesse generale al contrasto ai crimini lesivi di valori globali e la tutela stessa dei diritti umani<sup>12</sup>.

*Ratio est ne delicta maneant impunita*<sup>13</sup> dovrebbe essere la bussola per orientare l'applicazione e la stessa concettualizzazione del diritto penale di contrasto al traffico di migranti, che potrebbe oggi suonare come “*La persuasione di non trovare un lembo di terra che perdona ai veri delitti sarebbe un mezzo efficientissimo a prevenirli*”<sup>14</sup>. D'altronde, ci si trova in una materia carica di fattualità e dimensioni tecniche che, non essendo intimamente legata alla dimensione formale, potrebbe suggerire un graduale cambio di paradigma: ciò, peraltro, sembra trarre conferma dalla richiesta agli Stati da parte di sempre più strumenti internazionali di approntare gli opportuni meccanismi per garantire l'*efficacia extraterritoriale* delle proprie leggi<sup>15</sup>.

## 2. Un'aspirazione universale mai definitivamente riconosciuta.

Come è noto, l'esercizio della giurisdizione penale italiana<sup>16</sup> sarebbe radicata nel *principio di territorialità*<sup>17</sup>, secondo cui è punito ai sensi della legge penale italiana il reato posto in essere nel territorio dello Stato indipendentemente dalla cittadinanza del soggetto attivo (artt. 3 e

<sup>8</sup> Si veda per una analisi compiuta circa la distinzione, nel contesto che qui si tratta, tra poteri di *jurisdiction* ed *enforcement*, nonché i profili di rilievo di diritto internazionale, GRAZIANI, F., U. LEANZA, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La comunità Internazionale*, 2014, 163-209.

<sup>9</sup> Si fa riferimento alla *Convenzione ONU sul diritto del mare* (UNCLOS), adottata a Montego Bay nel 1982. In particolare, rilevano l'art. 91 che sancisce il “principio della bandiera” del natante; l'art. 92, secondo cui “le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva”; art. 110 prevede il “diritto di visita”; ed, infine, l'art. 111 ove il diritto di inseguimento che ha lo scopo di consentire alle competenti autorità dello Stato costiero che abbiano fondati motivi per ritenere che una nave straniera abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso, di inseguirla, a certe condizioni, anche in alto mare.

<sup>10</sup> Si tratta del *Protocollo contro il traffico illegale di migranti per terra, mare e aria*, allegato alla *Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale*, firmato a Palermo nel 2001.

<sup>11</sup> Nel febbraio 2014, la DNA ha pubblicato le *Linee guida per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale e di intervento cautelare nei casi di attraversamento in acque internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

<sup>12</sup> *Op. ult. cit.*, 24.

<sup>13</sup> Brocardo di derivazione canonica ed ampiamente menzionato nelle relative opere. Si può vedere altresì A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura, contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Giappichelli, Torino, 2006, 27.

<sup>14</sup> Testualmente in *Cass. Pen.*, Sez. I, 5 maggio 2010, n. 32960.

<sup>15</sup> Sovviene la *Convenzione ONU sui diritti civili e politici*, entrata in vigore nel 1976 e spesso passata sotto traccia nei contributi scientifici che all'art. 2, comma 1 richiama la giurisdizione dei singoli stati nei seguenti termini: “*Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione*”. Tuttavia, al comma 2 sottolinea che gli Stati devono adottare “*i passi necessari per l'adozione delle misure legislative o d'altro genere che possano occorrere per rendere effettivi i diritti riconosciuti nel presente Patto*”. Infine, al comma 3 lett. b) impone agli stati di “*garantire che l'autorità competente, giudiziaria, amministrativa o legislativa, od ogni altra autorità competente ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato, decida in merito ai diritti del ricorrente, e comunque sviluppare le possibilità di ricorso in sede giudiziaria*”.

<sup>16</sup> Quando si ha a che fare con questi argomenti, si inciampa spesso in incomprensioni terminologiche, laddove, ad esempio, la giurisdizione venga erroneamente sovrapposta alla sovranità (accezione nota agli internazionalisti, cfr. WEGNER, *Über den Geltungsbereich des Staatlichen Strafrechts*, in *Festgabe für Frank*, II, 102: “*Fragen des internationalen Strafrecht sind zu großen Teile Fragen der Souveranität. Diese aber hat, wie in allen ihren Beziehungen, eine staatsrechtliche (strafrechtliche) und eine völkerrechtliche Seite*”) o ancora la validità della legge penale venga assunta nel suo aspetto formale o sostanziale. Non essendo né economicamente, né materialmente possibile affrontare le annose questioni sollevabili, ed evitare fraintendimenti nominalistici, si intende qui la validità della legge nel suo senso ‘empirico’ e la giurisdizione penale come la capacità del giudice nazionale di accertare la responsabilità penale e imporre sanzioni penali. Ad ogni buon conto, comunque, in Italia, alla materia della giurisdizione penale sono state davvero poche opere monografiche.

<sup>17</sup> A tale criterio, si contrappone quello della universalità, secondo cui il rilievo penale di una condotta non è vincolato dall'esistenza di un collegamento territoriale, ma è stabilito in base ad un criterio di carattere generale dell'interesse statale alla protezione dei beni di natura universale, cfr. F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963, 35. Talvolta vengono menzionati altri due principi: il principio di personalità (o statuto personale del reo), per il quale ad ogni autore di reato si dovrebbe applicare la legge dello Stato a cui esso appartiene, ed il principio della difesa (o tutela) che importa l'applicazione della legge dello Stato a cui appartiene il soggetto passivo del reato, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1980, 94.

6 c.p.<sup>18</sup>).

Dunque, la prevalenza del criterio di collegamento territoriale si giustificerebbe non soltanto con la particolare importanza che riveste l'esercizio della *potestà punitiva* all'interno di uno Stato (inteso nel senso pubblicistico di territorio, popolo e sovranità<sup>19</sup>), ma altresì con l'*indifferenza* dell'ordinamento, almeno in linea di principio, nei confronti delle condotte offensive di beni giuridici di un ambiente sociale diverso da quello nel quale lo Stato esprime la pretesa del controllo della vita giuridica e da cui, in definitiva, l'ordinamento non subirebbe alcun danno<sup>20</sup>.

Nondimeno, tale principio, sebbene riconosciuto – ed ampiamente accettato dagli ordinamenti nazionali<sup>21</sup> – non è imposto da alcuna regola internazionale<sup>22</sup>, il quale al contrario non pone limiti alla validità nello spazio della legge penale nazionale<sup>23</sup> che esprimerebbe la propria astrattezza e generalità, almeno quanto ai contenuti, in modo assoluto ed indipendente da limitazioni territoriali<sup>24</sup>. L'assenza di un vincolo internazionale, in linea di principio – nonostante la stessa dottrina tenda a negarlo<sup>25</sup> – rende in astratto possibile pervenire ad un accoglimento del principio di universalità della validità della legge penale con temperamenti<sup>26</sup>, nel senso che quest'ultima sarebbe formulata per essere astrattamente 'efficace' senza limitazioni territoriali. Questi rileverebbero laddove non si abbia un interesse generale a perseguire un fatto delittuoso e ad interferire sulla sfera di sovranità di un altro stato. Il contenuto internazionale della sovranità, del resto, lascia ad ogni Stato piena libertà nella formazione del proprio ordinamento penale e nell'attribuirgli una sfera di efficacia più o meno ampia<sup>27</sup>, senza, tuttavia, che tale libertà di produzione giuridica possa travalicare nella lesione dell'analoga libertà concessa a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento. Inteso in questi termini, dunque l'efficacia della legge penale nello spazio non appare soggetta a limiti aprioristici, oltre a quelli autoimposti – con scelta deliberata – dallo Stato<sup>28</sup>.

D'altronde, mentre tradizionalmente l'esercizio della potestà punitiva, quale espressione massimamente significativa della sovranità, si intendeva delimitato con esclusivo riguardo alla protezione degli interessi nazionali – gli unici che l'ordinamento penale sembrava ritenere

<sup>18</sup> In tema, A. PAGLIARO, *Legge penale nello Spazio, Voce*, in *Enc. Dir.*, 1973, 1055, il quale sostiene che delle due disposizioni una è superflua, in quanto entrambe accolgono lo stesso principio di territorialità, riferendolo l'una alle persone e l'altra ai fatti. *Contra* F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 59.

<sup>19</sup> In questo senso, nella dottrina internazionalistica, che intende delineare dei limiti alla universalità della giurisdizione penale, si afferma la concezione della "sovranità dello Stato come un diritto soggettivo di questo", GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, I, Cedam, Padova, 64.

<sup>20</sup> Similmente, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 25.

<sup>21</sup> A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 1055, che definisce il principio di territorialità "regola fondamentale nel diritto positivo italiano".

<sup>22</sup> T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973, 249-250, il quale accedendo ad una concezione di sovranità come situazione di fatto esercitabile all'interno di un territorio, individua due settori di obblighi internazionali che indirettamente vincolano la libertà degli Stati di configurare la propria giurisdizione, ossia: le norme sul trattamento degli stranieri e quelle sui diritti umani.

<sup>23</sup> In questo senso, si esprime F. DEAN, *op. ult. cit.*, cit., 31-32, secondo cui l'opinione contraria sarebbe infondata e troverebbe la sua ragion d'essere in considerazioni di ragione politica che considerano la territorialità un elemento caratteristico della funzione punitiva del singolo Stato strettamente connessa alla sovranità, anch'essa territoriale per definizione.

Tali considerazioni – risalenti al 1963 – appaiono oggi ancor più valide alla luce del graduale abbattimento delle frontiere territoriali, se non anche giuridiche, che impongono un ripensamento stesso del concetto di sovranità e che hanno spinto alcuni Stati a far ricorso, per l'esercizio della 'funzione punitiva' nei confronti dei reati che offendessero i propri interessi, quando non a forme di cooperazione giudiziaria internazionale, anche al c.d. "self-service" o "self-enforcement".

<sup>24</sup> A meno che lo stesso contenuto della fattispecie non disponga una specifica limitazione territoriale. Lesito logico del breve ragionamento si appunta sulla validità empirica della legge, quindi nell'aspetto dell'efficacia/applicabilità (cfr. A. PAGLIARO, *Legge penale nello Spazio*, cit., 1054). Ciò, d'altronde, in linea con A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 143, secondo cui "tutte le fattispecie di un certo ordinamento non hanno alcun limite spaziale. Il fatto da esse previsto costituisce reato dovunque sia commesso". *Contra* A. DE MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 40 ss., che nega, in linea di principio, il parallelismo tra contenuto della norma incriminatrice e relativa universalità della sua vigenza, con la conseguenza che l'assunto della universalità determinerebbe, invece, un "principio di indifferenza" del luogo di commissione del reato in concreto.

<sup>25</sup> A. PAGLIARO, *Legge penale*, cit., 1056, il quale utilizza l'espressione 'territorialità temperata', non tanto perché non ritiene ammissibile la tesi opposta, quanto, invece, perché ritiene prevalente le "ragioni di opportunità scientifica" dettate, da un lato, dalla "tecnica espositiva del legislatore, in modo da non costringere lo studioso a compiere acrobazie logiche per trasformare la regola in eccezione e viceversa", dall'altro lato, dalla ovvia constatazione che nella "stragrande maggioranza dei casi" la legge penale si applica a "fatti commessi nel territorio dello Stato". Infine, prosegue l'Autore (ed è qui forse che le evoluzioni storico-legislative degli ultimi venti anni potrebbero determinare un cambiamento di paradigma) in quanto "le eccezioni al principio di territorialità contenute nel nostro diritto positivo non risultano da un riconoscimento diretto del principio di universalità".

<sup>26</sup> M. GALLO, *La legge penale (Appunti di diritto penale)*, Torino, 1965, 74. In modo ancora più incisivo e con maggiori aperture verso un'aspirazione universalistica, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 35.

<sup>27</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 45. Si veda altresì T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., in part. 97 s.

<sup>28</sup> Ed è qui, quindi, che si appunta la validità empirica, nel senso che sta a "designare che i fatti, per potere rientrare nell'ambito di previsione di quel gruppo di norme, devono essere verificati in un certo tempo e in un certo luogo, devono essere attribuibili (come leciti o illeciti) a una certa categoria di persone, devono comprendere certi requisiti strutturali", A. PAGLIARO, *Legge penale*, cit., 1054.

degni di tutela<sup>29</sup> – si è venuto riconoscendo, già con gli insegnamenti del Carrara, che la tutela penale possa essere apprestata dal nostro ordinamento anche per la difesa “solidale [del]la umanità”<sup>30</sup>.

A tale solidarietà si accenna anche negli studi di più recente dottrina<sup>31</sup> che ammettono un riconoscimento internazionale dell’universalità della legge penale nei confronti dei fatti offensivi di “beni di valore umano universale”<sup>32</sup>, tra cui il commercio degli schiavi, il terrorismo e la pirateria.

Ed a ben vedere il nostro ordinamento giuridico – e ciò è ampiamente riconosciuto anche in dottrina – almeno in relazione alle disposizioni che reprimono le ipotesi criminose di maggiore gravità, afferma l’universalità della giurisdizione penale<sup>33</sup> e ne sarebbero dimostrazione gli articoli 7 e 8 c.p., che stabiliscono l’efficacia extraterritoriale di disposizioni penali che difetterebbero, quanto al contenuto, di universalità<sup>34</sup>.

Il quadro internazionale dimostra dunque, ancora di più con l’attenuarsi progressivo del carattere territoriale nelle ipotesi di repressione/criminalizzazione di reati gravi<sup>35</sup>, che è oggi possibile sostenere la validità universale delle norme penali<sup>36</sup>, dando, in tal modo, riconoscimento all’esigenza della tutela generale dei valori umani offesi dal reato, ovunque esso sia commesso e non vincolando la persecuzione dei reati nei limiti territoriali. Si afferma, infatti, che la validità extraterritoriale non sembra riposare meramente su una pretesa nazionalistica di “extraterritorialità” ma evoca piuttosto la dimensione assiologica degli interessi da proteggere<sup>37</sup>.

Tuttavia, tutto ciò premesso con precipuo riferimento alla questione della vigenza in astratto della legge penale, è necessario ora trasferirsi sul piano della sua applicazione in concreto. In altri termini, appare necessario individuare i *criteri determinativi della giurisdizione* nel caso concreto, in quanto tale determinazione “è operazione che sta in rapporto di autonomia con la sfera di vigenza della legge penale sostanziale”<sup>38</sup>: non potendoci oltremodo dilungare sulla intricata questione<sup>39</sup>, si tenta pertanto di affrontarla nei paragrafi seguenti, attraverso la lente di ingrandimento della *questione rilevante* qui descritta.

### 3. Quando la realtà forza l’interpretazione. Un contrasto sopito?

Tornando dunque alla questione che è al centro di queste riflessioni, è necessario focalizzare l’attenzione sui problemi relativi al radicamento della giurisdizione penale italiana con riferimento ai delitti di favoreggiamento della immigrazione clandestina di cui all’art. 12 T.U.

<sup>29</sup> R. QUADRI, *Diritto penale internazionale*, cit., 35.

<sup>30</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Ed. 11, Fratelli Cammelli, Firenze, § 601.

<sup>31</sup> Il riferimento corre a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017, 933, che per primo ha introdotto in un’opera manualistica la materia del diritto penale internazionale, evocando il concetto di “solidarietà” della civiltà universale contro il crimine la cui formulazione, risalente già al III Congresso internazionale di diritto penale (Palermo 1933), prospetterebbe l’adesione degli Stati alla “difesa dei comuni interessi culturali attraverso il diritto penale” (*Idem*).

<sup>32</sup> F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 933.

<sup>33</sup> T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 243, a tal proposito, fa riferimento ad una “concezione fondamentalmente universalistica” per distinguerla in particolare dalle posizioni territorialistiche di Stati Uniti e Gran Bretagna: queste ultime, tuttavia, prevedono svariate ipotesi delittuose “che si localizzano fuori dal territorio di detti Stati”.

<sup>34</sup> F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 39 s.

Il contenuto delle norme nei casi descritti dagli articoli 7 e 8 è *particolare*, ma la loro efficacia torna ad espandersi per il riconoscimento esplicito, per l’appunto, della giurisdizione del giudice italiano. Lo stesso Autore qui citato (p. 45) afferma che “la finalità della tutela penale, in questi casi, è ovviamente diversa da quella che caratterizza, in senso universalistico, il contenuto della norma penale, e, nonostante ciò, queste disposizioni risultano svincolate da ogni limite territoriale con riguardo alla loro portata”.

<sup>35</sup> Ciò vale ancora di più laddove si volga lo sguardo agli artt. 9 e 10 c.p. che prevedono la efficacia territoriale della maggior parte dei reati (subordinatamente ad alcune condizioni di procedibilità che, quindi, non riguardano la considerazione fatta dall’ordinamento circa il ‘fatto’ come ‘reato’: si tratta di criterio determinativi della giurisdizione). In particolare, tra gli altri, non può non farsi un cenno alla Convenzione ONU contro la corruzione adottata nel 2003, la Convenzione sul ce del Consiglio d’Europa del 2001, firmata a Budapest, la Convenzione sul riciclaggio del Consiglio d’Europa del 1990 firmata a Strasburgo, nonché la Convenzione ONU sul crimine transnazionale del 2000 firmata a Palermo, che impongono sia obblighi di criminalizzazione e l’istituzione della giurisdizione non soltanto su fatti commessi all’estero come anche l’accoglimento della clausola – formulata già da Grozio nel 1642 – del “*aut dedere aut prosequi*”.

<sup>36</sup> Così, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 47.

<sup>37</sup> A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 4.

<sup>38</sup> O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1974, 243.

<sup>39</sup> Sul tema *funditus* T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 97 s.

imm.<sup>40</sup> Come è noto, tale disposizione punisce un delitto di attentato in cui è irrilevante il conseguimento dello scopo della condotta di favoreggiamento, vale a dire, l'ingresso dello straniero nello Stato<sup>41</sup>. Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie a consumazione anticipata, per la cui realizzazione è sufficiente il mero accordo diretto al reclutamento dei soggetti da far entrare illegalmente in Italia, con evidente anticipazione dell'inizio dell'attività punibile<sup>42</sup>.

Tale tecnica di incriminazione, per quanto in grado di ampliare la sfera della punibilità, per una più efficace tutela delle frontiere nazionali, non è, tuttavia, risultata adeguata ad intercettare le condotte di favoreggiamento che si fermano nelle acque internazionali e che si avvalgono dell'intervento di soccorso della guardia costiera italiana o di altre autorità per il raggiungimento dello scopo del favoreggiamento. In tali casi, la condotta consumata in acque internazionali e *tipica* secondo il disposto dell'art. 12 T.U. imm., si esaurirebbe fuori dalla sfera della giurisdizione italiana, atteso che ai sensi dell'art. 6 c.p. il reato non potrebbe considerarsi commesso nel territorio dello Stato italiano, non essendovi avvenuta in tutto o in parte l'azione, né ivi si è verificato l'evento che ne è conseguenza.

Ne consegue che il criterio determinativo della giurisdizione di cui all'art. 6, comma 2, c.p. - che sancisce il principio dell'ubiquità, secondo i rilievi del *locus commissi delicti*<sup>43</sup> - lascia tendenzialmente impunte azioni che offendono, peraltro, a ben vedere, anche *interessi generali* di protezione dei confini nazionali e di controllo dei flussi migratori.

Al fine di evitare il rischio di un così pesante vuoto di tutela, la giurisprudenza ha offerto soluzioni interpretative discordanti che hanno talora condotto all'esito "paradossale" di obbligare le autorità italiane, da un lato, ad intervenire nelle operazioni di soccorso, dall'altro lato, a lasciare impunte le stesse condotte di coloro i quali avevano creato lo stato di pericolo<sup>44</sup>.

Gli interventi di soccorso in mare sono infatti imposti dal diritto internazionale in forza della Convenzione di Amburgo<sup>45</sup>, la quale vieta le operazioni di respingimento (cc.dd. *push-back operations*), perché contrastanti con l'art. 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e con l'art. 4 del Protocollo n. 4 sul *divieto di respingimenti collettivi*. Come confermato, peraltro, dalla sentenza del 23 febbraio 2012 della Corte Europea dei diritti nella causa *Hirsi c. Italia*, - richiamata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa - che riconosce l'obbligo sia morale che giuridico di soccorrere le persone in pericolo in mare senza il minimo indugio e la necessità che tale obbligo sia rispettato in occasione dell'esecuzione del controllo alle frontiere, in conformità al Codice delle Frontiere Schengen, comprese le attività di sorveglianza delle frontiere in alto mare.

Le difficoltà di collegare alla giurisdizione italiana i casi di migranti abbandonati dagli scafisti in acque extraterritoriali ha dunque determinato un andamento oscillante della giurisprudenza, talora incline ad ammettere la sussistenza di tale giurisdizione, talaltra, invece, pronta a negarla<sup>46</sup>.

Un tentativo di risoluzione definitiva del problema è stata di recente suggerita dalla Corte di Cassazione con la sentenza 14510/2014<sup>47</sup> che ha elaborato una soluzione ermeneutica di certo singolare, e tuttavia in grado di assecondare un'aspirazione universalistica della giurisdizione, che è funzionale ad una prospettiva di preminenza delle esigenze di tutela dei diritti umani e di attuazione di un'efficace repressione di condotte idonee a ledere interessi generali<sup>48</sup>.

Il fatto da cui è derivata la suddetta presa di posizione della giurisprudenza di legittimità

<sup>40</sup> L'art. 12 T.U. imm. (D.Lgs. 286/1998), rubricato "disposizioni contro le immigrazioni clandestine", punisce il c.d. favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di chiunque "promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato".

<sup>41</sup> Così, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., 109.

<sup>42</sup> M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, 111.

<sup>43</sup> A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, cit., 1058.

<sup>44</sup> A titolo esemplificativo, si leggano, tra le altre, Cass. pen. Sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583 e Cass. pen., Sez. I, 8 settembre 2010, n. 32960, che affermano il difetto di giurisdizione; Cass. pen., Sez. I, n. 36052, 23 maggio 2014, con nota di G. BARBARA, in *Cass. pen.*, 2015, 1158. Inoltre, emblematiche per la ricostruzione dei sviluppi giurisprudenziali, G.I.P. Catania, Ordinanza di custodia cautelare, R.G.N.R. n. 8749/2013; Tribunale Riesame Catania, Sez. V Penale, R.G.N.R. n. 8749/2013; Tribunale Riesame Catania, Ordinanza 1551/13 del 19 settembre 2013.

<sup>45</sup> *Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca ed il salvataggio in mare* che prevede l'obbligo giuridico del soccorso in mare, determinando, per chiunque si trovi nella condizione di intervenire, la necessità di assistere le persone in stato di pericolo e di allertare le autorità competenti. Sul tema, GRAZIANI, F., U. LEANZA, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare*, cit., 198.

<sup>46</sup> La Direzione Investigativa antimafia ha tentato di porre rimedio a tale incertezza interpretativa dettando le *Linee Guida* citate *supra*, nota 11.

<sup>47</sup> Cass. pen. Sez. I, 28/02/2014, (ud. 28/02/2014, dep. 27/03/2014), n. 14510.

Tale decisione ha ricevuto il plauso delle procure e l'avallo della successiva giurisprudenza di merito.

<sup>48</sup> Così anche nelle *Linee Guida Alto Mare della DNA* (nt. 11), 24.

ha riguardato la condotta di un soggetto – appartenente ad un’associazione criminale operante in Libia, finalizzata a favorire per motivi di lucro l’ingresso illegale di cittadini extracomunitari in Italia<sup>49</sup> – che in occasione del trasporto di clandestini dall’Africa all’Italia aveva trasbordato i migranti da una motonave, utilizzata come mezzo di trasporto durante la prima parte del viaggio, su un gommone del tutto inadeguato al carico, in seguito soccorso da altra nave, battente bandiera liberiana, la quale aveva poi effettivamente condotto i passeggeri ai porti siciliani<sup>50</sup>.

Nel ricorso, i difensori dell’imputato avevano invocato la mancanza di giurisdizione da parte dell’Italia, essendo stato il fatto commesso oltre il limite delle acque territoriali nazionali, in conformità a quanto stabilito nell’art. 97 della Convenzione di Montego Bay, e non potendosi considerare consumato nel nostro Stato neppure un segmento della condotta illecita intesa in senso naturalistico, come invece richiede l’art. 6 c.p.

In senso contrario tuttavia, i giudici di legittimità, proponendo un’interessante ed innovativa operazione ermeneutica, hanno stabilito la giurisdizione penale italiana anche qualora la condotta illecita dispiegata dalla c.d. “*nave madre*”, che salpi dalle coste dell’Africa con a bordo gli immigrati, si esaurisca nelle acque internazionali e anche qualora le condotte terminali dell’azione criminosa conducente alla realizzazione del risultato (sbarco dei clandestini sul nostro territorio) siano di fatto riportabili all’attività lecita di navi intervenute doverosamente a soccorso dei naufraghi. Ad opinione della Corte di Cassazione infatti, in tale contesto di azione, l’ultimo tratto della condotta non rappresenterebbe nient’altro che “*un tassello essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta e spezzata nella sua continuità, per la semplice ragione che l’intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile che possa interrompere la serialità causale, ma è un fatto non solo previsto ma voluto e addirittura provocato*”<sup>51</sup>. L’azione di salvataggio non andrebbe dunque mai considerata in modo isolato rispetto alla condotta pregressa che volutamente ha determinato lo stato di necessità, ma al contrario andrebbe sempre letta come strettamente congiunta a quest’ultima, giacché si tratterebbe di una condizione di pericolo causata volontariamente dei trafficanti e collegata da un vincolo di diretta *derivazione causale* all’azione criminale di abbandonare in mare uomini in attesa dei soccorsi.

La necessità di una lettura unitaria dei fatti sarebbe peraltro imposta dal particolare significato ad essi impresso dalla *volontà* dei trafficanti di operare in direzione della creazione della situazione di soccorso in acque extraterritoriali; volontà che ne animerebbe le azioni sin dal momento della partenza dalle coste africane sino all’avvicinamento e poi all’approdo in terra siciliana, senza soluzione di continuità. Nell’ambito di tale pianificazione degli eventi, l’azione dei soccorritori nella parte finale della concatenazione causale verrebbe considerata come l’azione di un *autore mediato*, costretto ad intervenire per scongiurare un male più grave, la cui condotta sarebbe scriminata dall’art. 54, comma 3, c.p.

A sostegno dell’innovativa ipotesi interpretativa elaborata, la Corte sembrerebbe inoltre coniare la nozione di *esaurimento del reato*<sup>52</sup> come nozione distinta da quella della *consumazio-*

<sup>49</sup> Pacificamente, si ammette la giurisdizione italiana per il reato di associazione a delinquere (art. 416, comma 6, c.p.) in quanto trattandosi di associazione criminale transnazionale di cui all’art. 7, n. 5 c.p. in relazione all’art. 15, comma 2, lett. c) che rinvia all’art. 5 paragrafo 1 della Convenzione ONU di Palermo. Tale interpretazione è confermata anche dalla L. 146/2006, art. 3 che, nel definire il reato transnazionale, stabilisce che si debba considerare tale reato qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato e sia commesso in uno stato ma abbia effetti sostanziali in altro. *Idem*, 2.1.

In altri termini, la natura transnazionale del reato di associazione a delinquere rende pacifica la giurisdizione italiana in virtù del vincolo imposto dalla Convenzione di Palermo all’art. 15, comma 2, lett. c) che *entra* nell’ordinamento italiano attraverso l’art. 7, n. 5) c.p.

L’art. 15, comma 2, lett. c) dispone, infatti, che “[...] Uno stato parte può altresì determinare la sua giurisdizione in relazione a tali reati quando, c) il reato è uno di quelli stabiliti ai sensi dell’art. 5, paragrafo 1, della presente Convenzione (ora inseriti nell’art. 3 della L. 146/2006, ndr) ed è commesso fuori dal suo territorio, al fine di commettere un grave reato nel suo territorio”.

<sup>50</sup> Fra le persone soccorse vi erano del resto anche – sebbene non tutti – i membri dell’associazione criminale, poi sottoposti a misure cautelari e imputati nel procedimento penale.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> A tal proposito, interessante il *distinguishing* che i giudici operano nei confronti di una loro precedente decisione (Cass. pen. Sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583), in cui invece si negò la giurisdizione penale italiana. Ad opinione della Corte, in tal caso in effetti, l’esito negativo era stato imposto dalla differente struttura dei fatti che erano consistiti nel trasferimento su un autocarro imbarcato in Grecia su nave battente bandiera greca, e diretta ad Ancona, di soggetti clandestini nascosti tra le arance ed in seguito scoperti in mare aperto, durante il percorso di navigazione e presi in consegna dal comandante della nave avente nazionalità greca.

Il difetto di giurisdizione per lo Stato italiano sarebbe qui derivato dall’irrelevanza del *fatto* che il loro sbarco fosse avvenuto in Italia, essendosi già *esaurita* altrove la condotta diretta a favorire l’immigrazione, quale reato a consumazione anticipata. la condotta poteva invece considerarsi esaurita, perché il risultato finale era da ricondurre non già allo stratagemma operato dal trasportatore, bensì alla autonoma decisione del comandante della nave di adottare le misure necessarie per apprestare soccorso efficace ai migranti che versavano in condizioni di totale deprivazione.

ne; non a caso, a più riprese, nella sentenza si afferma che la “condotta [...] non può ancora dirsi esaurita in vista del risultato che sarà conseguito, senza soluzione di continuità, con il previsto e voluto intervento dei soccorritori che consentiranno ai malcapitati di concludere la traversata sotto lo scudo della scriminante in acque territoriali [...], secondo il principio *causa causae est causa causati*”<sup>53</sup>.

In definitiva, la decisione *de qua* risolve la questione del radicamento della giurisdizione attraverso un’operazione ermeneutica di ampliamento dei limiti posti dal criterio di cui all’art. 6 c.p. E nel proporre tale nuova prospettiva, essa al contempo amplia la nozione di *locus delicti*, forzando, tuttavia, in modo apparentemente sbrigativo, i principi comunemente accolti relativi alla consumazione del reato ed al concorso di persone.

Nondimeno, la soluzione fornita, benché pregevole sotto profilo dell’effettività, appare alquanto macchinosa, e pertanto discutibile, nella misura in cui amplia la nozione di *locus commissi delicti* facendo ricorso all’istituto dell’autore mediato.

### 3.1. Critiche alla dottrina dell’autore mediato ex art. 54, co. 3, c.p. e alla nozione di “esaurimento del reato”.

Tralasciando l’errore terminologico in cui è incorsa la Cassazione – che indica come autore mediato, quello che è, in realtà, l’esecutore materiale<sup>54</sup> –, il ricorso all’istituto della “autoria mediata” appare in evidente contrasto con la disciplina penalistica apprestata dal codice in materia di concorso di persone.

Se è vero che la nostra dottrina è concorde nell’identificare la nozione di *autore* con quella di esecutore (i.e. autore) materiale del fatto<sup>55</sup>, tuttavia, vi sono ipotesi in cui un soggetto, con coscienza e volontà, si avvale di un altro soggetto per commettere il fatto di reato<sup>56</sup>. In questi casi, per un verso, per fondare la punibilità del soggetto che non è esecutore materiale della condotta tipica realizzata da altri, ma agisce con dolo, si ricorre alla teoria dell’*autore mediato*<sup>57</sup>, secondo le indicazioni provenienti dalla letteratura tedesca<sup>58</sup>. E, per altro verso, tale dottrina sembrerebbe germogliare proprio dalla necessità di evitare di punire chi, seppur autore materiale, non sia punibile o imputabile.<sup>59</sup>

L’istituto dell’*autoria mediata* si fonda, d’altronde, come è noto, sulla *teoria dell’accessorietà*, secondo cui – attraverso un’operazione di ‘qualificazione indiretta’ – le disposizioni in tema di concorso di persone estendono la tipicità della condotta principale alle condotte accessorie, come l’istigazione e l’ausilio<sup>60</sup>. Non vi può essere dunque *compartecipazione* senza una condotta principale, cioè senza che un soggetto abbia realizzato una condotta capace, da sola, di adem-

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> L’*autore materiale* – espressione utilizzata nell’ambito del concorso di persone – è colui il quale commette o concorre a commettere l’azione: la Cassazione definisce tuttavia i soccorritori come *autore mediato*, quando, se di *autore mediato* si possa parlare, questi sarebbero gli scafisti che compiono l’azione tipica punita dall’art. 12 T.U. imm. proprio attraverso i soccorritori, non punibili nel caso di specie, meglio *infra*.

<sup>55</sup> S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, 336 s.

<sup>56</sup> Queste ipotesi possono avvenire, in particolare, nei *reati di evento a forma libera*, in cui la condotta materiale – non definita secondo schemi legali rigidi – può essere commessa anche avvalendosi di un altro soggetto, ad es. qualora il postino, ignaro del contenuto, recapiti una lettera contenente dell’esplosivo; in questi termini, S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, 320. Sicché sembra che la Cassazione abbia motivato la propria decisione configurando il reato di favoreggiamento *ex art. 12 T.U. imm. come reato di evento*, che si integra con “la realizzazione del risultato” e, quindi, fondando la propria motivazione sul verificarsi dell’evento secondo una concatenazione causale in cui l’agente strumentalmente si avvalga dell’intervento causale dei soccorritori.

<sup>57</sup> Sulla ricostruzione del sistema tedesco, che definisce autore del reato al § 25 “*als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht*” (“è punito come autore chi commette da sé o attraverso un altro soggetto reato”), si veda F. PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive di apparente partecipazione*, Cedam, Padova, 1988, 14 s.

<sup>58</sup> R. A. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, Napoli, 1964, 67. Altresi, ID., *Concorso di persone nel reato*, *Voce*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 577 s.

<sup>59</sup> Tale dottrina si fonda essenzialmente su una particolare concezione del reato e il relativo inquadramento sistematico, a ben vedere, esulerebbe da un’ipotesi di concorso di persone nel reato. Ai nostri fini, si veda comunque la prospettazione R. A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 70 che ritiene che “a seconda che si intenda in un senso o nell’altro il concetto di “reato”, varia il grado di accessorietà necessario per l’incriminazione dei comportamenti di semplice partecipazione”, il quale conclude (p. 91) che “per reato si deve intendere, nell’interpretazione degli artt. 110 e segg., un comportamento o doloso o colposo [...] conforme al modello legale di illecito preveduto dalla singola disposizione incriminatrice”. Secondo tale dottrina, tale conclusione si può facilmente dedurre dall’analisi delle norme, in particolare quelle relative all’imputabilità e quelle che richiamerebbero le ipotesi di *autoria mediata* (artt. 46, 48, 52, 54, ult. co.). Mentre rispetto alla condotta del non imputabile il legislatore usa il termine *reato*, nei riguardi dell’azione posta in essere dalla persona ingannata si usa l’espressione *fatto*; ciò indurrebbe a pensare che senza dolo o colpa non esista un reato in senso proprio, ma solo un fatto apprezzabile sul piano prettamente naturalistico. Si veda anche, a tal proposito, la lucida analisi proposta con riferimento all’art. 48 c.p. da G. CIANI, *Autore meditato e reato proprio*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1001.

<sup>60</sup> R. A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 68.



piere la fattispecie del reato monosoggettivo<sup>61</sup>.

Inoltre, nella sua accezione estrema, la teoria dell'accessorietà richiede che il fatto principale sia punibile in concreto, o quanto meno nell'astratta previsione legislativa<sup>62</sup>; ai fini della concreta punibilità del fatto principale, occorre inoltre che sussistano in capo all'autore della condotta principale l'imputabilità e la colpevolezza. Intesa in questi termini, le ipotesi descritte dall'art. 54, co. 3, c.p. rimarrebbero impunte, senza il ricorso alla teorica dell'autore mediato<sup>63</sup>, che consente dunque, in definitiva, di identificare l'autore materiale come un *mero strumento* nelle mani dell'autore mediato<sup>64</sup>, il quale, possedendo il dominio finalistico dell'azione, sarebbe il vero ed unico autore del reato.<sup>65</sup>

Di conseguenza, la determinazione a commettere un fatto di reato posta in essere nei confronti di un soggetto (che agisce senza dolo o colpa) non dà mai luogo ad un concorso di persone, ma ad un'ipotesi di reità mediata (e, quindi, di reato monosoggettivo)<sup>66</sup>; confermando così che ai sensi dell'art. 110 c.p. il concetto di reato è stato assunto dal legislatore nella nozione comprensiva non solo del profilo oggettivo, ma anche di quello psicologico.

Orbene, la Corte di Cassazione, nella parte motiva della decisione richiamata, sembra accedere proprio a tale impostazione.

La necessità del soccorso volontariamente creata dagli scafisti a seguito dell'abbandono dei migranti in acque extraterritoriali e su imbarcazioni inadeguate ed il conseguente intervento dei soccorritori darebbero luogo ad una situazione non inquadrabile entro i confini del fenomeno concorsuale. Ciò che emergerebbe come elemento rilevante ai fini della corretta interpretazione dei fatti sarebbe la mera derivazione causale delle condotte, le une dalle altre, a prescindere dall'aspetto psicologico che sorregge l'azione tipica (dell'autore materiale<sup>67</sup>): in questo modo, sembra che la Cassazione – rifiutando di accedere all'istituto del concorso di persone – si sia appiattita su un mero meccanismo causalistico di cui all'art. 41 c.p.<sup>68</sup>

In altri termini, si tratterebbe di un reato monosoggettivo commesso dai trafficanti avvalendosi della condotta di altri soggetti i quali non possono in alcun modo considerarsi concorrenti nel reato, in quanto agenti senza colpevolezza. Questi ultimi sarebbero dunque esclusivamente concorrenti nel *fatto* (aspetto materiale = causale) e non concorrenti nel *fatto di reato*; e, in definitiva, finirebbero con il costituire un mero *elemento oggettivo-causalistico* dell'intero disegno criminoso.

Senonché, la dottrina dell'autore mediato, seppur autorevolmente sostenuta<sup>69</sup>, è ritenuta

<sup>61</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 541.

<sup>62</sup> Vi sono differenti gradi di accessorietà (cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 541). Il *discrimen* tra l'uno o l'altro dipende dalla diverso modo di concepire il reato.

Si ha una accessorietà *minima*, incentrata sull'idea che il reato consiste esclusivamente nel fatto conforme al modello legale e che subordina la punibilità delle condotte di mera complicità alla commissione di un tale fatto; l'accessorietà *limitata* identifica invece la nozione di reato nel fatto *tipico antiggiuridico* e, di conseguenza, esclude la punibilità dell'istigazione e dell'agevolazione, laddove il fatto principale non risulti antiggiuridico. Su tali profili, si legga ancora una volta, R.A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 71.

<sup>63</sup> G. CIANI, *Autore mediato*, cit., 1005.

<sup>64</sup> Cfr. G. CIANI, *op. ult. cit.*, 1004.

<sup>65</sup> M. SINISCALCO, *Autore meditato*, Voce, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 445.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518 utilizza l'espressione "strumento materiale".

<sup>66</sup> "Il concorso nel fatto di un soggetto che opera senza l'elemento psicologico caratteristico del tipo di fatto incriminato, perché versa in errore o è soggetto a costringimento fisico, non rientra nel concetto di compartecipazione criminosa, ma unicamente, e sotto determinate condizioni, in quello di c.d. reità mediata", così R. A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 86.

<sup>67</sup> Su tali profili, tra gli altri, C. FIORE, *Diritto penale*, Vol. II, Utet, 1995, 93.

<sup>68</sup> Si tratterebbe, quindi, di un "espediente" per ricondurre l'autore meditato sotto la norma sul reato monosoggettivo, così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518.

<sup>69</sup> Si parla di *mittlebarer Täter* e *unmittelbarer Täter*. nt. 58. La teoria dell'autore mediato serve a colmare le lacune della dottrina tedesca sul concorso di persone, in quanto la relativa disciplina – a differenza della nostra – distingue nettamente le figure dell'autore, dell'istigatore e del complice, prevedendo uno statuto penalistico differente per ciascuno di essi. È questo il motivo per cui in Germania vi sia stato un tale sforzo ermeneutico per ritenere nel caso dell'autore mediato una commissione monosoggettiva e non plurisoggettiva, perché non esplicitamente prevista. Si veda, F. PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive*, cit., 13.

In senso opposto, in Italia, come illustrato anche *infra*, il legislatore nono differenzia i singoli contributi concorsuali e ammette il concorso del non punibile o non imputabile (art. 111, 112, co. 4, 119 c.p.). Pertanto, la dottrina italiana tende a rigettare la teoria dell'accessorietà del concorso di persone e a fondare su altre basi teoriche tale istituto, anche *infra*. Così, tra i molti, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956, 62 s.

da più parti difettosa da un punto di vista dogmatico<sup>70</sup>.

A tal proposito<sup>71</sup>, appare dirimente evidenziare come, in realtà, la condotta di soccorso da parte della nave libica sia *tipica* rispetto all'art. 12 T.U. imm. e, in particolare, lesiva del bene giuridico tutelato ed è, di conseguenza, essa stessa qualificabile come 'reato'<sup>72</sup>. E, peraltro, non sembra da dubitare che anche in tal caso i soccorritori – per quanto sformati d'imputabilità o di dolo – possano, secondo il nostro diritto positivo, concorrere a costituire l'unità lesiva del reato concorsuale, infatti il loro intervento "sebbene non autosufficientemente lesivo, [...] contribuisce alla lesione del bene tutelato"<sup>73</sup>. Infatti, è ampiamente riconosciuto si possa concorrere al reato anche senza dolo o colpa, risultando sufficiente che la condotta, seppur non sorretta dall'elemento psicologico, sia idonea a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice<sup>74</sup>.

Pertanto, nell'ipotesi descritta dall'art. 54, co. 3, c.p., vi è *concorso di persone* perché l'opera (*rectius*, il contributo) di tutti è indispensabile alla integrazione della fattispecie: è pacifico che la condotta dei soccorritori, nonostante non siano punibili per cause peculiari, sia idonea a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 12 T.U. imm., ossia i confini nazionali. Con la conseguenza che non può dubitarsi che si tratti di ipotesi di realizzazione plurisoggettiva<sup>75</sup>.

In definitiva, con l'applicazione della teoria della *fattispecie plurisoggettiva eventuale* – secondo cui dall'incontro tra la norma dell'art. 110 c.p. e la norma incriminatrice di parte speciale nascerebbe una nuova ipotesi delittuosa<sup>76</sup> – diviene inutile il ricorso alla tesi dell'autore mediato, essendo questi punibile in qualità di effettivo concorrente nel reato.

Dunque, la ricostruzione dei fatti in termini squisitamente causalistico-oggettivi ("l'intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile che possa interrompere la serialità causale") si mostra con tutta evidenza artificiosa e, in definitiva, eccessivamente complessa nella sua argomentazione. Il semplice ed immediato ricorso all'istituto del concorso di persone (art. 110 ss. c.p.) gioverebbe, peraltro, ad una più ampia espansione dei limiti spaziali della legge penale, potendo esso senz'altro 'abbracciare' un numero maggiore di azioni criminose commesse in acque internazionali.

È pur vero che a favore della tesi dell'autore mediato soccorrono i vantaggi che derivano dall'impiego di una terminologia che svolge un'inequivoca "funzione classificatoria e descrittiva"<sup>77</sup>.

Tuttavia, ammettere che nelle ipotesi qui prese in considerazione sarebbe sufficiente applicare le disposizioni codicistiche sul concorso di persone in combinazione con la scriminante

<sup>70</sup> Per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 567, che evidenzia come essa confonda il carattere plurisoggettivo della fattispecie con la punibilità dei soggetti (testualmente "una cosa è affermare che, perché sia adempiuta una fattispecie di concorso, occorre la partecipazione di più persone, e altra e ben diversa è pretendere che queste persone siano punibili").

In senso conforme, F. PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive*, cit., 40 che definisce l'autore mediato uno "strumento dommaticamente vacillante, strutturalmente labile e perciò estremamente vulnerabile ontologicamente"; A. ΒΕΤΤΙΟΛ, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1982, 601 secondo cui "la figura dell'autore mediato non abbia sufficiente ragione logica per essere invocata: o la posizione del soggetto che agisce in via mediata è talmente preminente su quella di colui che immediatamente agisce (diremmo "autore del reato sic et simpliciter") oppure essa non è tale, per ragioni oggettive e soggettive, tale da soverchiare l'azione del soggetto che immediatamente agisce (diremmo "partecipe")"; parentesi aggiunte.

<sup>71</sup> Oltre alla bibliografia citata nella nota precedente, altresì, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., in particolare 42 ss.

<sup>72</sup> Sul punto, R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, 67.

<sup>73</sup> R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*

<sup>74</sup> Ancora, R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, 72.

<sup>75</sup> Secondo SEMINARA, *op. ult. cit.*, 360 soltanto le ipotesi di cui agli artt. 51 e 54, co. 3, c.p. individuano ipotesi di concorso di persone, perché l'agente (autore materiale) ha agito *coactus tamen voluit*, conservando il dominio sul fatto, le altre ipotesi generalmente riconducibili all'autoria mediata (ad es., art. 46 e 48 c.p.) invece configurano un'esecuzione monosoggettiva. Secondo R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, 68, le norme contenute negli articoli 111, 112, co. 4, e 119 c.p. assegnano la qualifica di concorrente anche al soggetto non imputabile o non punibile

<sup>76</sup> Tra i primi ad avere elaborato tale teoria, A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 550; altresì si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, Torino, 2015, 516.

<sup>77</sup> Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518 evidenzia come questa sia l'unica funzione che può svolgere la figura dell'autore mediato, la quale, per il resto, appare *inammissibile*, perché fondata su un'occulta analogia *in malam partem* della norma incriminatrice di parte speciale; *inutile*, dal punto di vista pratico, perché vi sono disposizioni che già puniscono chi si sia servito dell'autore materiale; *superata*, dal punto di vista sistematico, perché l'autore mediato risponde sempre come concorrente ex art. 110 c.p.; ed infine *smentita* dall'art. 111 c.p., essendo l'ipotesi prevista collocata nel capo sul concorso; dall'art. 112, co. 4, da cui si ricava che anche il soggetto non imputabile e non punibile può concorrere nel reato.

Non tutti peraltro ammettono che la figura in questione abbia una funzione di carattere "definitorio", considerata la vastissima gamma di ipotesi riconducibili all'alveo di una categoria dommatica unitaria. Tale categoria appare piuttosto come un concetto di carattere empirico "da chiarire fenomenologicamente" e, quindi, destinato a rimanere insicuro; così, T. PADOVANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1973, 48.

dello stato di necessità recherebbe del resto indubbi vantaggi, in una duplice prospettiva.

In primo luogo, come già accennato, vi sarebbe un alleggerimento del carico probatorio non dovendosi dimostrare, caso per caso, la derivazione causale e la previa pianificazione del soccorso, ma soltanto la *unilaterale* volontà di concorrere con altri, non punibili o imputabili, alla realizzazione del reato.

In secondo luogo, sarebbe possibile – anzi, “obbligatorio” – applicare le circostanze aggravanti di cui all’art. 112 c.p.; in particolare – oltre al n. 2 relativo all’attività di *organizzazione, direzione e coordinamento* –, ricorrerebbe di certo anche il n. 3 che punisce chi determina una persona ad esso soggetto a commettere il reato, anche qualora questi sia non imputabile e non punibile (comma 4).

Questa ipotesi varrebbe di certo con riguardo al caso di specie qui studiato, ma potrebbe trovare anche una più ampia applicazione, qualora, ad esempio, gli *scafisti* si avvalsero – strumentalmente attraverso costringimento fisico ex art. 46 c.p. – per la realizzazione del proprio proposito criminoso, di altri membri della loro stessa organizzazione.

Ragionando in questi termini, la giurisdizione penale sussisterebbe ex art. 6 c.p.

Per rafforzare ulteriormente l’ancoraggio del reato al territorio italiano, si potrebbe – ovviamente con alcuni *caveat* e come base di partenza teorica di un’eventuale *altra* indagine, diversa da quella qui condotta –, impiegare la figura del “reato portato a conseguenze ulteriori”, cui fa accenno recente dottrina<sup>78</sup>. Ciò che nei contesti di azione ivi studiati ci appare davanti è infatti un quadro criminoso che nei *fatti* – nonostante l’utilizzo di una tecnica legislativa che formula il reato come reato di attentato a consumazione istantanea, in cui la tutela è anticipata al momento dell’azione<sup>79</sup> – *prolunga* il momento consumativo o, ancora, fraziona l’evento tipico<sup>80</sup>, in modo analogo a quanto accade nel caso di reato permanente<sup>81</sup>. Tale categoria – che spiegherebbe la pregnanza offensiva di reati come la corruzione, la frode pensionistica o l’usura – si sviluppa a partire dalle nozioni di *esaurimento del reato*, coniate ai primi del Novecento<sup>82</sup> per indicare un reato che strutturalmente costruito come reato istantaneo<sup>83</sup> viene tuttavia portato ad un approfondimento dell’offesa dal contegno attivo del reo o dal concorso successivo di un concorrente.

La stessa Corte di Cassazione sembra peraltro far propria tale nozione, laddove definisce il reato di cui all’art. 12 T.U. imm. come *reato eventualmente permanente*, rispetto al quale *la permanenza cessa quando per una qualsiasi ragione venga interrotta l’attività criminosa, prima del procurato ingresso illegale in Italia dello straniero clandestino e, comunque, in ogni caso, quando sia stato raggiunto lo scopo illecito perseguito*<sup>84</sup>.

L’affermazione di una nozione siffatta apre senza dubbio le porte ad un ampliamento dei limiti spaziali di cui all’art. 6 c.p., con spostamento ‘in avanti’ del *tempus commissi delicti*.

La costruzione della norma incriminatrice in questione in termini di autentica *alternative Mischgesetz*<sup>85</sup> – costituita dunque non da una pluralità di illeciti, ma da una pluralità *modale* di violazione del precetto – porterebbe però anche all’inevitabile conclusione di dover escludere l’impiego del termine *favoreggiamento*<sup>86</sup>, che è fenomeno assai diverso a quello descritto dalla norme di cui all’art. 12 T.U. imm.<sup>87</sup>

<sup>78</sup> Il riferimento è a I. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori: problemi di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino.

<sup>79</sup> Si veda *supra*, anche Cass. pen. Sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583.

<sup>80</sup> Si è vista (*supra* nt. 54) la possibilità di ricostruire il reato di favoreggiamento come reato di evento a forma libera.

<sup>81</sup> I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 26. A tal proposito, con riferimento al reato di corruzione ed in termini perentori, A. PAGLIARO, *La fattispecie di corruzione come legge mista alternativa*, in nota a Cass. Sez. VI, 12 novembre 1996, in *Riv. trim. dir. pen. proc.*, 1997 (1). Di recente, sulla corruzione ex artt. 318 e 319 c.p. come reato eventualmente permanente, Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2016, n. 40237.

<sup>82</sup> CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., § 49-bis. In particolare, lo stesso Carrara accennava al “reato portato a conseguenze ulteriori” come ad una speciale ipotesi di esaurimento del reato, per indicare il contributo di un concorrente ad un’azione tipica che non poteva né essere più consumazione, né post fatto non punibile. Sul punto, I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 3.

<sup>83</sup> I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 5 secondo cui, per l’appunto, le conseguenze ulteriori aggravatrici del danno sono possibili anche nei reati istantanei.

<sup>84</sup> Cass. Pen., Sez. III, 19 maggio 2005, n. 35629 in *Guida al Diritto*, 2005, 43, 94 (corsivo aggiunto).

<sup>85</sup> Fenomeno assai simile, come segnalato, alla corruzione o ancora all’usura, A. PAGLIARO, *La fattispecie di corruzione come legge mista alternativa*, cit.

<sup>86</sup> L’art. 378 c.p. si risolve in un mero “aiuto” post-delittuoso commesso da un soggetto diverso da colui il quale ha commesso il reato base e la cui funzione è rivolta essenzialmente alla tutela dell’amministrazione della giustizia. Ad esempio, già nel codice Zanardelli, ricorda I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 4, la figura del favoreggiatore si aveva qualora la condotta era commessa non “senza concerto anteriore al delitto stesso”, ma anche “senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori”.

<sup>87</sup> A parziale conferma di quanto sostenuto basti considerare che in Germania la repressione del fenomeno viene affidata ad una fattispecie formulata negli stessi termini di quella italiana – ma non rubricata quale *favoreggiamento*. Essa viene definito come “*Einschleusung*”, ossia come *introduzione di migranti clandestini*. Si può vedere S. CANNAWURF, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, Duncker & Humblot, 2007.

D'altronde, a ben vedere, il reato di favoreggiamento di cui all'art. 378 c.p. è formulato in termini assai diversi rispetto all'art. 12 T.U. imm., il quale – facendo affidamento ad una tecnica legislativa tipica di una legislazione emergenziale – formula l'incriminazione già in termini di attentato ed amplia, inoltre, il novero delle condotte punibili, ciascuna delle quali idonea, nel caso concreto, a portare il reato a conseguenze ulteriori. E così, sussistendo una norma con pluralità di condotte tipizzate (ad es. “atti diretti a procurare l'ingresso”, ma anche “organizzazione, finanziamento, trasporto”), l'alternatività di tali condotte si risolverebbe piuttosto nel dare prevalenza a quella con il contenuto offensivo maggiore, secondo un criterio di tipo valutativo<sup>88</sup>.

Cosicché, nel caso del trasbordo di clandestini da nave madre ad altre imbarcazioni – ai fini dell'individuazione del *locus commissi delicti* – occorrerebbe prendere in considerazione l'approfondimento dell'offesa al bene giuridico, la quale consente di dilatare la cornice del fatto tipico sino ad abbracciare gli accadimenti cui era indirizzato lo *scopo criminoso*.

Sembra proprio questo il percorso logico-motivazionale seguito dalla Cassazione nella sentenza in commento.

## 4.

### Alcune riflessioni conclusive: *de iure condito* è meglio che *de iure condendo*.

Allo stato attuale dell'ordinamento italiano permangono vuoti di tutela, nonché sfere di impunità, nella materia del traffico di migranti, a causa della teorica carenza di giurisdizione, non soltanto italiana, per i fatti avvenuti in acque extraterritoriali, ossia in ipotesi di reati perpetrati e interamente consumati nell'Alto mare; come, ad esempio, nei casi di naufragi, lesioni o omicidi, in cui la condotta criminosa dei trafficanti e l'evento sia siano verificati in alto mare, ove, come visto, non sussisterebbe alcuna giurisdizione.

In tali contesti, sarebbe possibile immaginare che ci sia spazio per l'affermazione di una *giurisdizione universale*; ed è forse questa la direzione verso cui sta iniziando a muoversi la scienza penalistica sotto la spinta propulsiva degli interventi internazionali di contrasto ai crimini globali e di tutela dei diritti umani. In tal senso, ci si potrebbe sforzare in qualche esercizio speculativo circa l'opportunità di un ampliamento della giurisdizione universale esercitata dell'*International Criminal Court (ICC)*<sup>89</sup>. Allo stato attuale, tuttavia, sussistono ancora alcuni ostacoli che si appuntano, in particolare, sulla specifica natura del reato di traffico di migranti. Il diritto internazionale penale che istituisce una giurisdizione universale “non dentro gli Stati” ma “contro gli Stati”<sup>90</sup> appare fondata su una stretta interpretazione del principio di legalità-tassatività dei crimini<sup>91</sup> che – a partire dal Trattato di Roma – ha imposto una precisa elencazione e definizione dei reati perseguibili internazionalmente: con la conseguenza che se, da un lato, ad esempio, il reato di tratta di esseri umani può trovare ‘cittadinanza’ nell'*International Criminal Law* attraverso l'art. 7 del Trattato di Roma, dall'altro lato, la natura e il tipo di reato di traffico di migranti, per quanto per certi versi sovrapponibile alla tratta, non sembra ammissibile per il rilievo, ad esempio, che sono gli stessi migranti a prestare il proprio consenso al loro trasporto: ciò nonostante non vi è chi non veda la possibilità di una interpretazione estensiva dei “crimini contro l'umanità”<sup>92</sup>, laddove si rilevi che, come spesso accade, nei traffici di migranti ricorrente è l'uso di “atti inumani [...] diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale”, art. 7, co. 1, lett. k) del Trattato di Roma.

Poiché, d'altronde, i tempi non appaiono ancora maturi per l'attuazione del modello di giurisdizione di tipo universale proposto, più realisticamente non resta che affidarsi a *soluzioni intermedie*.

<sup>88</sup> Trova pertanto applicazione il meccanismo di assorbimento, su cui si incentra il modello della “progressione criminosa”. Funditus, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, cit.*, in part. 202 s.

<sup>89</sup> Istituita nel 1998 con lo Trattato di Roma. Cfr. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2013, in part. 137 s.

<sup>90</sup> Espressione utilizzata da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X Ed., Wolters Kluwers, Vicenza, 2017, 944.

<sup>91</sup> F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 940. Altres', C. BASSIOUNI, *op. ult. cit.*, 246.

<sup>92</sup> Ad esempio, si può segnalare un filone giurisprudenziale dell'ICC che di recente ha ritenuto perseguibili – e sottoposti alla sua giurisdizione universale – anche i reati contro il patrimonio culturale, cfr. B. VAREANO, *La tutela del patrimonio culturale: Riflessioni a margine della sentenza di merito resa dalla corte penale internazionale nel caso Al Faqhi Al -Mahdi*, *Riv. trim. pen. cont.*, 5/2017, 243.

Si potrebbe dunque pensare di *sistematizzare* – anche secondo le indicazioni sopra illustrate – i recenti traguardi raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità, in merito alle condotte di favoreggiamento *ex art. 12 T.U. imm.*, in modo da radicare *tout court* la giurisdizione italiana per i reati commessi sulle imbarcazioni nell’alto mare e dedite, per evidenti profili probatori, al traffico di migranti, qualunque sia il tipo o la natura dell’illecito commesso (e dunque anche per i casi di lesioni, omicidio o, in generale, per i casi di reati lesivi di *diritti umani*).

Inoltre, sembrano delinearci due ulteriori direttrici interpretative rilevanti, a cui è possibile in conclusione accennare senza alcuna pretesa di completezza<sup>93</sup>.

Per un verso, si potrebbe ragionare di operare un’operazione ermeneutica dell’art. 6 c.p. che possa valorizzare il profilo del medesimo disegno criminoso secondo il vincolo della continuazione *ex art. 81, co. 2, c.p.* Quest’ultimo potrebbe, in effetti, essere invocato qualora si accerti un *collegamento* tra condotte delittuose commesse fuori dal territorio statale<sup>94</sup> con altre commesse in territorio nazionale, in questo modo sfruttando surrettiziamente l’istituto della continuazione come ‘grimaldello’ per ampliare l’efficacia spaziale della legge penale. In effetti, non sarebbe peregrino ragionare sull’opportunità di ampliare il *fatto tipico* attraverso il ricorso al medesimo disegno criminoso: una tale unificazione, all’evidenza, *normativa* potrebbe operare, quindi, non solo sul piano sanzionatorio, ma anche in quello del radicamento della giurisdizione, considerando dunque come unico reato continuato l’insieme dei *fatti di reato* commessi in Italia con quelli commessi all’estero, qualora, ovviamente, “i fatti realizzati all’estero siano già di per sé punibili secondo la legge italiana”<sup>95</sup>. In tale prospettiva di ampliamento dei limiti spaziali che faccia affidamento a soluzioni interpretative, vi è anche chi, seppur in modo non del tutto convincente, ritiene di potere operare direttamente sull’art. 6 c.p. in via “analogica” nella misura in cui il concetto di “frazione” del reato *semplice* sia equiparabile al concetto di “episodio” del reato continuato<sup>96</sup>.

Oppure, per altro verso, si potrebbe suggerire una interpretazione evolutiva dell’art. 7 c.p. ormai orientato alla *tutela solidale dell’uomo*<sup>97</sup>, sicché sarebbe plausibile radicare la giurisdizione italiana in ipotesi di violazioni di diritti umani ampiamente protetti e garantiti (“*secure and protect*”) dalle Convenzioni internazionali che, come si è detto, con sempre maggiore insistenza invitano gli Stati a prevedere l’applicabilità extraterritoriale delle proprie leggi.

In realtà, la prima ipotesi sembra difficilmente percorribile, perché – nonostante voci discordanti in dottrina<sup>98</sup> – secondo giurisprudenza recente si tratterebbe di “ipotesi non compresa tra quelle che, ai sensi degli artt. 7 a 10 c.p., comportano deroga al principio di territorialità”<sup>99</sup>.

La seconda ipotesi, invece, valorizzerebbe gli sviluppi internazionali in tema di diritti umani, nella misura in cui l’art. 7 sia oggi funzionale ad una prospettiva di preminenza delle esigenze di tutela dei diritti umani e di attuazione di un’efficace repressione di condotte idonee a ledere interessi generali<sup>100</sup>. Così avviene, ad esempio, in Germania in cui la giurisdizione è riconosciuta, ai sensi del § 6 StGB, in caso di violazione di *beni giuridici internazionalmente protetti* che fa altresì specifico riferimento ai reati di tratta di esseri umani (n. 4), i quali sono in grado, pertanto, di dischiudere una giurisdizione universale – c.d. *Weltrechtsgrundsatz* – in quanto funzionale a dare maggiore tutela ai diritti umani<sup>101</sup>. A sua volta, quindi, il n. 5) dell’art. 7 c.p. che non opera nel campo della sfera della legge penale, ma, per l’appunto, in quello della giurisdizione<sup>102</sup>, potrebbe dischiudere, caso per caso, la possibilità di radicare quella italiana, qualora siano i diritti umani, internazionalmente riconosciuti e garantiti, ad essere violati e sia necessario l’esercizio della potestà punitiva per evitare che i trafficanti di migranti possano

<sup>93</sup> Si badi che quanto detto prescinde dalla considerazione della presenza del reo nel territorio dello Stato – la cui ipotesi è disciplinata dagli artt. 9 e 10 c.p. – e garantirebbe il potere giurisdizionale su un determinato *fatto* a prescindere dalle condizioni di procedibilità ivi previste (presenza del colpevole sul nostro territorio, richiesta ministeriale ecc.).

<sup>94</sup> Così anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 943 non sembra escludere la possibilità di far ricorso alla continuazione di reati per ampliare i limiti spaziali della giurisdizione italiana.

<sup>95</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. ult. cit.*, 943.

<sup>96</sup> BAROSIO, *Il principio di ubi quibet in rapporto al reato continuato*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1969, 538 s.

<sup>97</sup> Vedi anche *supra*, nt. 30.

<sup>98</sup> Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 943, BAROSIO, *Il principio di ubi quibet in rapporto al reato continuato, cit.*, 538.

<sup>99</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 25889.

<sup>100</sup> Ad esempio, è prevista l’ampliamento della giurisdizione per l’associazione criminale transnazionale in quanto rientra nell’art. 7, n. 5 c.p., in relazione all’art. 15, comma 2, lett. c) che rinvia all’art. 5 paragrafo 1 della Convenzione ONU di Palermo.

<sup>101</sup> Il § 6 è rubricato “*Auslandstaten gegen international geschützte Rechtsgüter*”, che fonda il c.d. *Weltrechtsgrundsatz* (principio mondiale del diritto); cfr. K. AMBOS, *Münchener Kommentar*, § 6, C.H. BECK, 2016.

<sup>102</sup> T. REVES, *op. ult. cit.*, 99.

godere di intollerabili ‘sacche’ di impunità. Una tale prospettazione ermeneutica è già stata elaborata con riferimento ai reati di terrorismo e potrebbe non trovare ostacoli nell’ambito del contrasto ai traffici di esseri umani, inquadrabile oggi come *delicta iuris gentium*<sup>103</sup>: ed in tal senso, soccorre, ad esempio, già la Convenzione di Palermo con il Protocollo sullo *smuggling* che riconosce – sebbene solo sul piano dei poteri di *enforcement* – maggiori poteri giurisdizionali di fermo e sequestro agli stati rivieraschi, rispetto a quanto in precedenza stabilito dalla più volte menzionata Convenzione di Montego Bay (UNCLOS)<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Si fa riferimento, in particolare, a D. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, Voce, in *Dig. Disc. Pen.*, 2005, 1604 s.

<sup>104</sup> Infatti, l’art. 8, par. 7 del Protocollo sullo *smuggling* riconosce ampi poteri di fermo e ispezione in Alto Mare. In tal senso, U. LEANZA, F. GRAZIANI, *Poteri di enforcement e jurisdiction*, *cit.*, 191 che concludono che il Protocollo sullo *smuggling* “ad una più attenta analisi segna un’ulteriore decisiva evoluzione rispetto alle soluzioni offerte dalla Convenzione di Montego Bay, giacché le sue norme non hanno soltanto un contenuto meramente dichiarativo del diritto consuetudinario ma, per certi versi e sotto alcuni specifici profili, sono di sviluppo progressivo, specificando in modo compiuto e dettagliato le regole della UNCLOS”.