

# I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare

## *(Possible) Criminal Profiles of Search and Rescue Activities at Sea*

SILVIA BERNARDI

*Dottoranda presso l'Università degli Studi di Milano  
silvia.bernardi@unimi.it*

RICERCA E SOCCORSO IN MARE, FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, TRAFFICO DI MIGRANTI, STATO DI NECESSITÀ, MAR MEDITERRANEO

SEARCH AND RESCUE ACTIVITIES AT SEA, FACILITATION OF ILLEGAL IMMIGRATION, SMUGGLING OF MIGRANTS, STATE OF NECESSITY, MEDITERRANEAN SEA

### ABSTRACT

Il presente contributo vuole interrogarsi sugli ipotizzabili margini di rilevanza penale delle condotte di assistenza prestate dagli operatori del soccorso in mare (specie se appartenenti a O.N.G.) in favore dei migranti intercettati nel Mar Mediterraneo e trasferiti sulle coste italiane. Tale analisi, che necessariamente presupporrà la ricognizione dei numerosi obblighi nazionali e internazionali presenti nel nostro ordinamento in tema di ricerca e soccorso in mare, muoverà dall'esame dei rapporti tra le ordinarie e lecite operazioni di salvataggio e il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per poi prendere in considerazione l'eventualità – prospettata in occasione dei recenti casi giudiziari che hanno interessato il nostro Paese, a partire dal procedimento penale che ha visto il sequestro della nave *Iuventa*, appartenente alla O.N.G. *Jugend Rettet* – che vengano accertate a carico dei soccorritori condotte, ulteriori e diverse rispetto a quelle strettamente attinenti alle attività di salvataggio, concretamente idonee a supportare una loro responsabilità ai sensi dell'art. 12 t.u. imm.

The aim of the present work is to question the hypothetical margins of criminal relevance of assistance behaviors provided by the rescue operators at sea (especially if belonging to N.G.O.s) in favor of the migrants intercepted in the Mediterranean Sea and transferred to the Italian shores. This analysis, which will necessarily presuppose the recognition of the numerous national and international obligations in term of search and rescue at sea, will move from the examination of the relations between the ordinary and lawful rescue operations and the crime of facilitating illegal immigration; then it will consider the possibility – presented by recent judicial cases, starting from the criminal proceedings that saw the seizure of the *Iuventa* ship, belonging to the N.G.O. *Jugend Rettet* – that some conducts carried out by the rescuers, further and different from those strictly related to the rescue activities, may be concretely considered suitable to support their responsibility under Article 12 of Italian t.u. imm.

SOMMARIO

1. Premessa: le attività di *search and rescue* nel Mediterraneo centrale. – 2. L'inquadramento delle attività di ricerca e soccorso in mare nel sistema penale italiano. – 2.1. Fonti e contenuti degli obblighi di salvataggio in mare. – 2.2. La rilevanza della legittimità della condotta all'interno della fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998. – 2.3. Il recente orientamento della Cassazione in materia di autoria mediata: profili critici. – 3. Oltre i limiti del soccorso legittimo. – 3.1. Osservazioni sul contributo concorsuale delle O.N.G. nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. – 3.2. Stato di necessità e scriminante umanitaria: quali margini di applicabilità? – 4. Alcune provvisorie conclusioni: la problematica rilevanza penale della c.d. "zona grigia".

# 1.

## Premessa: le attività di *search and rescue* nel Mediterraneo centrale.

Nel corso degli ultimi anni, in correlazione al significativo incremento dei flussi migratori verso l'Italia e l'Europa attraverso la rotta centro-mediterranea, le attività di ricerca e soccorso (o *search and rescue*, da cui l'acronimo SAR) nel Mediterraneo sono rapidamente divenute protagoniste del dibattito politico, pubblico e mediatico, venendo a incrociare – specialmente da un anno a questa parte – anche l'interesse degli studiosi del diritto penale. Indagare le possibili interferenze di tali operazioni umanitarie con il diritto penale italiano è oggi tema di scottante attualità, su cui è necessario muoversi con cautela in considerazione della scivolosità delle questioni inerenti a questo "territorio di confine", strettamente collegate alle politiche nazionali ed europee in materia di immigrazione e di sicurezza, perennemente in bilico tra diritto umanitario e tutela delle frontiere europee, obblighi di assistenza e soccorso e lotta al traffico di migranti, doveri di solidarietà e contrasto dell'immigrazione clandestina.

Alcuni numeri possono forse aiutare a comprendere le dimensioni del fenomeno. L'Agenzia europea *Frontex*, nel rapporto annuale relativo all'anno 2016, ha osservato un incremento del 18% delle rilevazioni nella rotta centro-mediterranea rispetto all'anno precedente, il che equivale a più di 180.000 migranti, per il 90 % di nazionalità africana, giunti in Italia via mare dalle coste della Libia nel corso di un solo anno<sup>1</sup>.

A tali numeri corrispondono 1.424 eventi SAR gestiti dall'*Italian Maritime Rescue Coordination Centre* (IMRCC) facente capo a Roma, per un totale di 178.415 persone soccorse in mare nel corso del 2016<sup>2</sup>; nonostante il sempre maggiore impiego di forze nelle attività di ricerca e soccorso, però, anche il numero delle persone morte o disperse in mare è drammaticamente aumentato negli ultimi anni, con un picco di 4.500 perdite nel 2016<sup>3</sup>.

Nonostante l'evidente imprescindibilità delle attività SAR per salvaguardare le molte vite che si mettono in viaggio nel Mediterraneo, nel corso dell'ultimo anno la narrazione attorno alle operazioni di soccorso in mare è drasticamente cambiata: per la prima volta dal 2013 i soggetti impegnati nel salvataggio vengono apertamente accusati di collusioni più o meno dirette con i trafficanti di migranti, e in alcuni casi persino sospettati di favorire essi stessi l'immigrazione clandestina, fatto che nel nostro ordinamento costituisce reato ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/1998 (Testo unico dell'immigrazione).

Tale circostanza si può spiegare anzitutto tenendo conto del fatto che la massiccia implementazione delle attività SAR da parte delle autorità europee ha paradossalmente favorito la strategia criminale delle organizzazioni implicate nel traffico di migranti, le quali sono oggi solite abbandonare i soggetti trasportati in alto mare su imbarcazioni piccole e fatiscenti, spesso dotate di una quantità di carburante minima e incapaci di raggiungere autonomamente la costa, facendo affidamento sull'intervento di salvataggio – che nella maggior parte dei casi avviene in

<sup>1</sup> Cfr. p. 20 del documento *Risk Analysis for 2017* redatto dall'Agenzia *Frontex* e accessibile in [questa pagina web](#). Per una significativa veduta d'insieme dell'incremento dei flussi migratori nel corso degli ultimi 25 anni, cfr. anche il rapporto annuale sulle Attività SAR nel Mediterraneo centrale (anno 2016) del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto – Guardia Costiera, disponibile in [questa pagina web](#).

<sup>2</sup> I più recenti report mostrano però dei numeri per il 2017 in drastico calo (di circa un terzo), almeno in parte dovuto a un incremento degli interventi della Guardia costiera libica nella propria zona di mare territoriale.

<sup>3</sup> Cfr. *Frontex, Annual Risk analysis for 2017*, p. 20.

estrema prossimità al confine delle acque territoriali libiche<sup>4</sup> – per portare a termine il proprio programma criminoso, conducendo i migranti sulle coste italiane. È tuttavia evidente come effetto diretto di tale sistema sia quello di incrementare ulteriormente i gravi pericoli a cui si espongono i migranti durante la traversata: il che, di converso, rende le operazioni di soccorso ancora più essenziali e imprescindibili al fine di evitare elevate perdite di vite umane.

Il secondo fattore da tenere in considerazione riguarda l'aumento della presenza, tra gli operatori del soccorso in mare, di organizzazioni non governative (O.N.G.), le quali, come rilevato anche nella già citata *Risk Analysis* di Frontex, negli ultimi sei mesi del 2016 si sono rese protagoniste del 40 % delle operazioni SAR<sup>5</sup>.

Proprio attorno alle O.N.G. impegnate nelle attività di soccorso in mare negli ultimi mesi si è andato alimentando nell'opinione pubblica un torbido clima di sospetti e diffidenza, che in alcuni casi non sembra privo di fondamenti attendibili: la Procura di Trapani, in particolare, ha recentemente avviato un procedimento penale che ha visto l'iscrizione nel registro degli indagati di diversi operatori del soccorso in mare e persino l'emissione di un decreto di sequestro preventivo avente a oggetto la nave *Iuventa*, appartenente alla O.N.G. tedesca *Jugend Rettet*, da anni impegnata nelle attività di ricerca e soccorso di migranti in pericolo nel Mediterraneo.

## 2. L'inquadramento delle attività di ricerca e soccorso in mare nel sistema penale italiano.

Prima di affrontare quello che appare essere il cuore del problema sottoposto alla nostra attenzione, interrogandoci sulle complesse zone d'ombra che sembrano delinearsi nell'ambito delle operazioni di soccorso di migranti in mare, ci pare fondamentale individuare le linee essenziali per inquadrare le ordinarie attività di *search and rescue* all'interno del sistema penale italiano, con particolare riferimento ai rapporti con il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 t.u. imm.

Si tratta di una questione, in realtà, non nuova per i giudici italiani. Già nel 2009, il Tribunale di Agrigento veniva investito del compito di accertare eventuali profili di responsabilità penale in capo all'equipaggio della nave – battente bandiera tedesca – *Cap Anamur*, oltre che ai responsabili dell'omonima organizzazione umanitaria, i quali, nel giugno 2004, dopo aver intercettato in acque internazionali 37 cittadini stranieri a bordo di un gommone in oggettive difficoltà, li avevano soccorsi e trasportati sul territorio italiano, sbarcando a Porto Empedocle<sup>6</sup>.

Lesito del processo fu in quell'occasione un'assoluzione, poiché i giudici riconobbero che la condotta di salvataggio posta in essere dagli imputati, benché idonea «a integrare la fattispecie criminosa contestata in rubrica sotto il profilo dell'elemento oggettivo del reato», trovava «giustificazione nella scriminante di cui all'art. 51 c.p., nella specie di *adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale*»<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Frontex, *Annual Risk analysis for 2017*, p. 32, il quale evidenzia come spesso le O.N.G. impegnate nel soccorso in mare effettuino salvataggi persino entro le 12 miglia dalle coste libiche (limite delle acque territoriali); d'altra parte, il già citato rapporto annuale redatto dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto – Guardia Costiera sottolinea come «tale concentrazione degli interventi in prossimità delle acque libiche ha permesso di intercettare e soccorrere pressoché tutte le imbarcazioni partite da quelle coste, mentre in precedenza molte di esse riuscivano a raggiungere il territorio italiano/europeo senza essere preventivamente individuate» (p. 15).

<sup>5</sup> Cfr. Frontex, *Annual Risk analysis for 2017*, p. 32. Va però rilevato che l'impegno maggiore nelle attività di soccorso da parte delle O.N.G. e della Guardia Costiera sembrerebbe andare di pari passo alla riduzione della presenza in mare degli operatori militari dell'Unione Europea, riscontratasi dopo la sigla degli accordi con la Libia nell'ottobre dello scorso anno: in questo senso cfr. il rapporto *Blaming the rescuers. Criminalising solidarity, re-enforcing deterrence*, redatto dall'Agenzia *Forensic Architecture* e dalla *Goldsmiths University of London* (disponibile in [questa pagina web](#))

<sup>6</sup> Si trattò peraltro di una vicenda malamente gestita dalle autorità italiane, le quali, inizialmente, negarono alla *Cap Anamur* l'accesso alle acque territoriali, sicché la nave e le persone a bordo della stessa rimasero per tre settimane a 17 miglia da Porto Empedocle, prima che lo sbarco venisse autorizzato. In quel momento, comandante della nave ed equipaggio vennero immediatamente arrestati con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (pur venendo rilasciati il giorno successivo senza che l'arresto venisse convalidato), mentre la nave fu sottoposta a sequestro. I migranti soccorsi, invece, furono espulsi dall'Italia con accompagnamento coatto alla frontiera prima che si celebrasse il processo avverso i decreti di espulsione. Per una narrazione più approfondita si può rimandare a G. CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi d'immigrazione clandestina*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, v. 5/2007; M. COTTONI, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare*, in T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2017, p. 90 ss.; M.P. LA SPINA, *Obbligo di soccorso o favoreggiamento di immigrazione clandestina?*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, v. 9/2011.

<sup>7</sup> Cfr. Tribunale di Agrigento, sentenza 7 ottobre 2009, n. 954, p. 25 ss.

## 2.1.

### *Fonti e contenuti degli obblighi di salvataggio in mare.*

Al centro della pronuncia assolutoria sta dunque il riconoscimento dell'esistenza di un *obbligo di soccorso in mare*, in ragione del quale la condotta di salvataggio non può essere considerata antiggiuridica.

Tale obbligo di soccorso si basa, in verità, su di una molteplicità di fonti normative. Già all'interno del codice della navigazione del 1942 gli artt. 489 e 490 stabiliscono obblighi di assistenza e salvataggio direttamente in capo al comandante della nave che venga a conoscenza di una situazione di pericolo in mare<sup>8</sup>, obblighi assistiti, in caso di inadempimento, dalle sanzioni penali previste dall'art. 1158 cod. nav.<sup>9</sup> Con l'entrata in vigore della Convenzioni delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare<sup>10</sup>, il fondamentale dovere di solidarietà in mare – che, in base all'art. 98 della Convenzione, deve riguardare tanto gli Stati, quanto gli individui a comando delle navi<sup>11</sup> – ha poi trovato un'esplicita copertura costituzionale per il tramite degli artt. 10 e 117 Cost.; lo stesso può dirsi anche per l'art. 10 della Convenzione di Londra del 1989 sul salvataggio in mare<sup>12</sup>, il quale a sua volta prevede una forma di soccorso obbligatorio *ex lege*<sup>13</sup> direttamente in capo ai capitani di nave.

Due ulteriori fonti normative, la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (c.d. Convenzione SAR) del 1979<sup>14</sup> e il regolamento UE n. 656 del 2014<sup>15</sup>, hanno infine introdotto specifici obblighi non solo di soccorso, ma anche di *monitoraggio, ricerca e coordinamento*, imponendo agli Stati di dotarsi di sistemi organizzativi adeguati per garantire il corretto svolgimento e il buon esito delle attività di soccorso in mare.

Alla luce di questo importante complesso normativo<sup>16</sup>, le attività di ricerca e soccorso vedono quindi la collaborazione di una rete di agenti di carattere nazionale o europeo, pubblico o privato: dall'Agenzia dell'Unione Europea *Frontex*, alle Guardie Costiere nazionali, alle O.N.G., agli agenti delle numerose e diversificate operazioni che hanno luogo nel Mar Mediterraneo (*Triton, Eunafor Med, Sea Guardian, Mare sicuro*). Tutti questi soggetti sono coordinati, per quanto riguarda l'area centro-mediterranea, dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto-Guardia Costiera avente sede a Roma<sup>17</sup>, che gestisce tutte le atti-

<sup>8</sup> L'art. 490 cod. nav., in particolare, configura come obbligatorio «il tentativo di salvare persone che siano in mare o in acque interne in pericolo di perdersi».

<sup>9</sup> Che peraltro al comma 3 configura una singolare ipotesi di delitto colposo.

<sup>10</sup> C.d. Convenzione UNCLOS, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 689/1994.

<sup>11</sup> In questo senso, la norma sancisce che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri (...) preli soccorsi a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo».

<sup>12</sup> C.d. Convenzione *Salvage*, conclusa il 28 aprile 1989 all'esito della Conferenza internazionale sul salvataggio, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 129/1995; l'art. 10 recita che «ogni capitano è tenuto a prestare assistenza a qualsiasi persona che si trovi in pericolo di perdersi in mare, nella misura in cui ciò non arrechi gravi pregiudizi alla sua nave e alle persone a bordo».

<sup>13</sup> Per tale nozione cfr. G. CAMARDA, *Il soccorso in mare. Profili contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 2006, p. 162 ss., p. 171 ss.; M. COTTONE, *Alcune notazioni*, cit. pp. 97-98.

<sup>14</sup> Firmata ad Amburgo nell'ambito dell'*International Maritime Organisation* (IMO) resa esecutiva in Italia con l. 3 aprile 1989, n. 147 e attuata attraverso il d.P.R. n. 662/1994; con essa gli Stati si sono impegnati a riconoscere delle zone di mare (c.d. zone SAR) all'interno delle quali sono tenuti a garantire, in caso di salvataggio di naufraghi, un "porto sicuro" per permettere l'attracco dei soccorritori. Conclusa all'interno dell'IMO è anche la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (c.d. Convenzione SOLAS), stipulata a Londra il 1 novembre 1974 (in Italia resa esecutiva con l. 23 maggio 1980, n. 313) e progressivamente aggiornata mediante emendamenti, il cui scopo è quello – più generale – di garantire la *safety e security* in mare.

<sup>15</sup> Tale regolamento ha ad oggetto, in particolare, obblighi di cooperazione operativa nell'ambito della sorveglianza delle frontiere marittime europee sotto il coordinamento dell'allora Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, istituita con regolamento CE n. 2007/2004 e poi confluita, con il regolamento UE n. 2016/1624, nella nuova Agenzia europea della guardia costiera e di frontiera (*Frontex*).

<sup>16</sup> Al quale fa ulteriormente da sfondo il fondamentale principio di non respingimento di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati.

<sup>17</sup> Al quale sono attribuite dal d.P.R. 28 settembre 1994, n. 662, attuativo della Convenzione SAR, le funzioni di IMRCC (*Italian Maritime Rescue Coordination Centre*).

vità SAR – comprese pertanto quelle delle O.N.G.<sup>18</sup> – dal momento in cui sopraggiunge la notizia di un'emergenza, attuale o potenziale, a quello in cui i soccorritori sbarcano nel porto sicuro designato<sup>19</sup>: solo a questo punto, infatti, l'attività di salvataggio può ritenersi conclusa nel rispetto degli obblighi di diritto internazionale vigenti.

Il presupposto per l'attivarsi dell'obbligo di salvataggio è, in base a tutte le norme ora citate, la conoscenza di una *situazione di pericolo in mare (distress/danger at sea)*: nozione che, in base alla prassi della Guardia costiera e delle stesse operazioni di *Frontex*, viene interpretata in senso ampio, tale da comprendere non solo le situazioni rispetto alle quali l'intervento sia improcrastinabile, ma anche oggettive situazioni di difficoltà del natante derivanti da una molteplicità di fattori, quali il precario stato di galleggiabilità del mezzo, il suo sovraffollamento, l'assenza di equipaggio professionale a bordo, l'assenza o insufficienza di dotazioni di sicurezza, la presenza di soggetti necessitanti assistenza o soccorso medico<sup>20</sup>.

## 2.2. *La rilevanza della legittimità della condotta all'interno della fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998.*

È pertanto fuori di dubbio che la condotta di salvataggio in mare, realizzata in adempimento dei numerosi obblighi ora illustrati, debba necessariamente ritenersi *condotta legittima*, e dunque non punibile ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/1998. Può tuttavia essere interessante approfondire come il connotato di legittimità della condotta possa acquisire rilevanza già all'interno della fattispecie di c.d. favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che si caratterizza per la presenza di una *duplice clausola di illiceità speciale*<sup>21</sup>.

Come sottolineato in dottrina, tale requisito di illiceità speciale svolge un ruolo centrale nella struttura del reato in questione: è infatti la violazione delle disposizioni in materia di immigrazione a segnare il confine tra un'attività neutra per l'ordinamento, quale l'organizzazione del viaggio di una o più persone, e l'attività delittuosa<sup>22</sup>. L'illiceità speciale, pertanto, *concentra su di sé l'intero disvalore del fatto di reato* – quantomeno con riferimento alla fattispecie-base di cui all'art. 12 comma 1 – e permette al contempo di individuare il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice esclusivamente nell'*interesse dello Stato* (ma anche della comunità europea e internazionale) *a mantenere il controllo sulla gestione dei flussi migratori*<sup>23</sup>.

Punto focale della questione diviene allora chiarire se la condotta di salvataggio in mare di migranti possa essere considerata attività che viola la normativa italiana in materia di immigrazione. Del resto, sebbene sia pacifico che i migranti beneficiari del salvataggio non siano in possesso dei requisiti d'ingresso previsti dal Testo unico, l'attività di soccorso in mare, anche quando posta in essere da soggetti privati, è *attività imposta e coordinata dallo Stato*, in osservanza della normativa internazionale, europea e nazionale; non sembra pertanto configurarsi come condotta offensiva del bene giuridico rappresentato dal controllo dello Stato sui flussi migratori, poiché tale controllo, nel caso delle attività di ricerca e soccorso, non viene affatto

<sup>18</sup> Le quali si inseriscono legittimamente nel contesto delle attività SAR: l'art. 5 c. 1 d.P.R. 662/1994 (attuativo del § 2.4.1 del cap. II della Convenzione SAR) prevede infatti che le Unità costiere responsabili delle operazioni di ricerca e soccorso in mare richiedano «alle altre amministrazioni dello Stato o a privati il concorso di mezzi navali ed aerei, ritenuti idonei per partecipare alle operazioni di soccorso marittimo». Per questo motivo, la nave della O.N.G. che abbia notizia dell'esistenza di una situazione di pericolo in mare ha l'obbligo di trasmettere prontamente l'informazione all'IMRCC, che procederà a coordinare l'operazione di soccorso.

Si evidenzia che, dall'agosto 2017, il Ministero degli Interni italiano ha richiesto alle O.N.G. impegnate nelle attività di ricerca e soccorso nel Mediterraneo di sottoscrivere un "codice di condotta"; per un commento critico al documento cfr. il comunicato dell'ASGI, *Posizione sulla bozza di "codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare"*, 25 luglio 2017, reperibile in [questa pagina web](#), il quale sottolinea, peraltro, come l'attuazione del codice in questione non possa comunque comportare alcuna deroga agli esaminati principi nazionali e internazionali in tema di obblighi di ricerca e soccorso in mare.

<sup>19</sup> Sulla nozione di "luogo sicuro" si rimanda a G. CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare*, cit., p. 6.

<sup>20</sup> Per un supporto normativo a tale ampia nozione di pericolo in mare cfr. l'art. 9, § 2, lett. f) del regolamento UE n. 656/2014.

<sup>21</sup> In particolare, la norma specifica che la condotta di promozione/direzione/organizzazione/effettuazione del trasporto di migranti deve essere posta in essere «in violazione delle disposizioni del presente testo unico», e poi, con una clausola di chiusura, include anche gli «altri atti idonei a procurare illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato». Entrambe le clausole, è stato osservato in dottrina, riguardano tuttavia il medesimo requisito, ossia la violazione della disciplina italiana in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri. A tal riguardo cfr. S. ZIRULLA, *Art. 12 T.U. immigrazione (Favoreggiamento delle migrazioni illegali)*, in E. DOLCINI - G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 2681.

<sup>22</sup> S. ZIRULLA, *Art. 12 T.U. immigrazione*, cit., p. 2680.

<sup>23</sup> Cfr. a tal riguardo le significative osservazioni svolte da M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *QG*, n. 1/2009, p. 113 ss.

meno<sup>24</sup>.

Se tali osservazioni sono fondate, se ne deve evincere la sostanziale *inutilità* del richiamo all'art. 51 c.p. per escludere la punibilità dei soccorritori, in quanto la legittimità della condotta acquisisce rilievo già sul piano della tipicità, ai fini di escludere il requisito di illiceità speciale<sup>25</sup>.

A simili conclusioni è in effetti già pervenuta la giurisprudenza italiana in relazione al diverso reato contravvenzionale previsto dall'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998, che come è noto sanziona l'*ingresso irregolare dello straniero nel territorio dello Stato*: in tale ambito, infatti, la Cassazione<sup>26</sup>, anche a sezioni unite<sup>27</sup>, ha negato – al fine di affermare l'utilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate dai migranti in sede testimoniale nei procedimenti penali contro gli scafisti<sup>28</sup> – che chi faccia ingresso nel territorio italiano grazie all'intervento dei soccorritori commetta il reato di cui all'art. 10-*bis*, in quanto costoro non potrebbero essere definiti "migranti entrati illegalmente nel territorio dello Stato per fatto proprio". La loro condotta precedente al salvataggio, d'altra parte, potrebbe tutt'al più essere considerata come un mero tentativo di ingresso illegale, comunque non punibile trattandosi di reato contravvenzionale.

## 2.3.

### *Il recente orientamento della Cassazione in materia di autorità mediata: profili critici.*

In una sua recente pronuncia, la Suprema Corte sembra tuttavia aver intrapreso una strada interpretativa ancora diversa. In un caso in cui era chiamata a valutare la *sussistenza della giurisdizione italiana rispetto a condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina poste in essere in acque internazionali* – ove gli scafisti della "nave madre" si erano limitati a "lanciare" un gommone carico di migranti, confidando nell'intervento dei soccorritori per permettere loro di completare il viaggio – la Corte ha affermato che «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere ai sensi dell'art. 54 c.p., 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»<sup>29</sup>.

Attraverso il richiamo al terzo comma dell'art. 54 c.p., la Cassazione perviene così simultaneamente al duplice risultato di garantire l'impunità dei soccorritori (comunque *non* imputati nel procedimento in questione), obbligati ad agire dalle norme interne e internazionali in materia di soccorso in mare, e ad assicurare l'applicabilità della legge penale italiana ai trafficanti che ne vogliano strumentalizzare l'intervento, in tal modo accollando ai secondi anche la condotta di trasporto legittimamente posta in essere dai primi (ciò che consente di considerare il fatto degli stessi trafficanti come commesso nel territorio italiano ai sensi dell'art. 6 c.p.<sup>30</sup>).

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio le diverse problematiche connesse a una

<sup>24</sup> Sono peraltro le stesse Convenzioni internazionali finora richiamate a sottolineare come l'attività di salvataggio debba necessariamente avere *carattere neutro*, in quanto è previsto espressamente che i soccorritori debbano procedervi "senza tener conto della nazionalità o dello statuto di detta persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata": cfr. in particolare Cap. II, § 2.1.10 Convenzione SAR. Del resto, il soccorso e trasporto in un porto sicuro italiano di un gruppo di migranti non sembra formalmente distinguibile dal soccorso di una qualsiasi altra imbarcazione in difficoltà; laddove però oggetto della condotta di salvataggio fosse ad esempio una nave di sceicchi sauditi, naufragata nel Mediterraneo, sembra evidente che nessuno si porrebbe alcun problema circa la configurabilità del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in relazione ai soccorritori.

<sup>25</sup> Si tratterebbe, nel caso in esame, di clausole di illiceità o antigiusuridicità speciale c.d. effettive, proprio perché, richiamando quale parametro di qualificazione un elemento normativo diverso dalla norma incriminatrice – che concorre a descrivere il disvalore della fattispecie punita – integrano il fatto tipico del reato: cfr. a proposito G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, pp. 201-2013; T. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008, pp. 143-144.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 2011 n. 44016; Cass. pen., Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 39719; Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 2016, n. 25215.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sezioni Unite, sentenza 28 aprile 2016, n. 40517.

<sup>28</sup> A tal riguardo, si può rimandare ai rilievi critici mossi da A. GILIBERTO, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 325 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2014, con commento di A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*.

<sup>30</sup> Si osserva che, nel caso in esame, la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi su ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica catanese in sede cautelare: il che spiega le ragioni di urgenza che hanno comportato la necessità di un'interpretazione "a maglie larghe" della condotta di cui all'art. 12 TUIM per ricondurre il fatto di reato in questione all'interno dell'art. 6 c.p., piuttosto che all'art. 10 c.p. (che subordina l'applicazione della legge penale italiana alla richiesta del Ministro della Giustizia).

simile impostazione della Suprema Corte, che – come osservato in dottrina<sup>31</sup> – sembra erroneamente concepire il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina quale reato d’evento, rappresentato dal raggiungimento delle coste italiane da parte dei migranti, ignorando la precisa costruzione normativa nel senso di un “reato di pericolo a consumazione anticipata”, e dunque di mera condotta. Non si può tuttavia non rilevare come la condotta dei trafficanti di migranti difficilmente potrebbe essere ricondotta al paradigma della *minaccia* di cui all’art. 54 c. 3 c.p., difettando qui quella prospettazione da parte dell’agente di un danno ingiusto, futuro e dipendente dalla volontà del minacciante che costituisce lo *specificum* della condotta minatoria<sup>32</sup>. I trafficanti non prospettano affatto di infliggere, *in futuro*, essi stessi un male ai migranti, conservando – come d’ordinario nei casi di minaccia – anche la possibilità di *non* infliggerlo; ma li espongono direttamente – “lanciandoli” in alto mare – a pericoli che deriveranno dal corso naturale degli eventi, e sui quali essi non avranno più alcun controllo.

L’argomento utilizzabile potrebbe dunque al più essere quello di una provocazione di un comune stato di necessità da parte dei trafficanti, ai sensi del comma 1 e non del comma 3 dell’art. 54 c.p. Ma se, come si è visto, le attività di soccorso in mare devono necessariamente ritenersi – senza alcun bisogno di ricorrere all’art. 54 c.p. – attività intrinsecamente lecite, come tali non integranti il paradigma delittuoso di cui all’art. 12 t.u. imm., cadrà lo stesso presupposto della costruzione di un’autoria mediata, ossia la commissione – da parte degli operatori delle ONG, intesi quali autori ‘immediati’ – di un fatto tipico ai sensi di una fattispecie criminosa.

### 3. Oltre i limiti del soccorso legittimo.

I problemi più delicati, all’evidenza, sorgono però nel momento in cui le operazioni di soccorso in mare fuoriescano dal quadro ora delineato. Nell’ambito dell’indagine portata avanti dalla Procura di Trapani, in effetti, gli elementi raccolti dai pubblici ministeri – come parrebbe avvalorato dal decreto di sequestro preventivo della nave *Iuventa* emesso dal G.I.P. di Trapani<sup>33</sup> e successivamente confermato anche dal Tribunale del riesame – sembrano deporre in favore dell’esistenza di *veri e propri rapporti collusivi* tra trafficanti e membri di O.N.G., che di comune accordo avrebbero proceduto a porre in essere delle “consegne concordate” mascherate da operazioni di soccorso.

In particolare, quel che viene contestato ai membri dell’equipaggio della motonave appartenente alla O.N.G. *Jugend Rettet* è di non essersi limitati «ad adempiere all’obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo o in emergenza in alto mare», ma di aver «posto in essere condotte antecedenti e successive all’attività di soccorso che non hanno alcuna giustificazione in una situazione di pericolo per i migranti, ma nella precisa volontà di permettere l’accesso in Italia del maggior numero di clandestini possibile»<sup>34</sup>.

Tra le condotte antecedenti, i membri della *Jugend Rettet* sono accusati di aver – in almeno due occasioni – incontrato in alto mare i trafficanti libici di migranti, i quali, a seguito dell’incontro, si sarebbero allontanati, per poi far ritorno scortando un barcone carico di migranti, prontamente trasbordati sull’imbarcazione della O.N.G.; tra le condotte successive, di aver riconsegnato ai trafficanti le imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti, oltre che di aver ostacolato le indagini in corso distruggendo od occultando materiale video e fotografico che avrebbe permesso la loro identificazione.

A giudizio del G.I.P. di Trapani, pertanto, «i comportamenti posti in essere dall’equipaggio della *Iuventa* nelle fasi precedenti e successive al salvataggio non si pongono come espressione del dovere di soccorso imposto dalla Convenzione di Montego Bay, ma come condotte

<sup>31</sup> Così M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all’“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all’immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, p. 3.

<sup>32</sup> Cfr. a proposito l’approfondito studio svolto da G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 160 ss.

<sup>33</sup> Tribunale di Trapani, decreto del 2 agosto 2017, n. 816/2017 R.G. G.I.P.

Non verrà presa in considerazione all’interno del presente contributo la vicenda, sviluppatasi nelle more della pubblicazione, relativa al sequestro (e successivo dissequestro) della nave appartenente alla O.N.G. spagnola *Proactiva Open Arms* nell’ambito di un procedimento penale avviato dalla Procura di Catania. Si rileva peraltro che i due casi in questione sollevano problematiche differenti, complementari ma non sovrapponibili, in quanto solo in quello in esame sembrano allo stato essere emersi possibili profili di collusione tra operatori del soccorso e trafficanti di migranti.

<sup>34</sup> Cfr. p. 141 del provvedimento in questione.

ulteriori finalizzate a mantenere buoni rapporti con i trafficanti di esseri umani e agevolarne l'attività»<sup>35</sup>; tale circostanza comporterebbe dunque l'inapplicabilità tanto della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., quanto della scusante dello stato di necessità, stante «l'assenza di una situazione di pericolo immediato per i migranti», dovendosi conseguentemente qualificare le condotte in questione quali «apporti concorsuali di tipo morale e materiale alla realizzazione del reato di introduzione clandestina di stranieri nel territorio nazionale»<sup>36</sup>.

### 3.1. Osservazioni sul contributo concorsuale delle O.N.G. nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Il quadro che sembra emergere dalle recenti indagini vede dunque alcune O.N.G. che, nell'ambito della loro doverosa e legittima attività di soccorso, giungono a intrecciare dei più o meno prolungati rapporti con i trafficanti, attraverso i quali – pur senza essere in alcun modo affiliate ai gruppi criminali operanti nel territorio libico, come chiaramente evidenziato all'interno dello stesso provvedimento del G.I.P. di Trapani<sup>37</sup>, e pur perseguendo lo specifico fine umanitario di prevenire quanto più possibile il rischio di naufragi – procedono talvolta a ricevere in consegna i migranti direttamente dai trafficanti stessi.

Simili condotte non possono considerarsi quali legittime attività di soccorso, che presuppongono, come si è già detto, la *scoperta di una situazione di pericolo in mare*, elemento che appare di per sé incompatibile con l'esistenza di un previo accordo. Laddove siffatto accordo risulti provato nel corso del giudizio, dunque, la condotta dei soccorritori non potrebbe qualificarsi come espressione dell'obbligo di salvataggio in mare; sicché i soccorritori medesimi dovrebbero conseguentemente essere considerati non tanto come concorrenti nel fatto dei trafficanti – i quali, lo ricordiamo, pongono in essere un reato di mera condotta, che dunque deve ritenersi definitivamente consumato con il “lancio” dei migranti in mare aperto – quanto piuttosto come *autori* del delitto di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98, potendosi rintracciare a loro carico tanto gli elementi oggettivi (e, in particolare, la condotta di trasporto dei migranti nel territorio italiano), quanto gli elementi soggettivi (comprensivi della consapevolezza della illiceità della condotta) del delitto in questione.

Il provvedimento del G.I.P. di Trapani sembrerebbe tuttavia lasciare spazio, a una prima lettura, anche a una diversa interpretazione. Nel focalizzare l'attenzione sulle «condotte antecedenti e successive» al salvataggio poste in essere dalla *Jugend Rettet*, considerate estranee all'obbligo di soccorso in mare, il giudice parrebbe difatti presupporre che siano tali condotte – diverse dal trasbordo e trasporto di migranti – ad apportare un contributo concorsuale nel delitto commesso dai trafficanti, senza spingersi a sindacare la legittimità del soccorso in sé<sup>38</sup>.

In effetti, anche qualora si volesse condividere una simile soluzione – che presupporrebbe un'interpretazione particolarmente estensiva della nozione di *danger at sea*, comprensiva anche di quelle ipotesi in cui l'imbarcazione gremita di migranti non sia (ancora) stata abbandonata dagli *smugglers*, ma venga da questi scortata fino alla nave della O.N.G. – l'esistenza di un patto con i trafficanti integrerebbe comunque il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, quantomeno in termini di *concorso morale*, configurandosi certamente l'accordo quale «contributo agevolatore e di rafforzamento del proposito criminoso già esistente nei concorrenti»<sup>39</sup>. Costituirebbero invece *apporti concorsuali di tipo materiale*, secondo una simile impostazione, le condotte c.d. successive contestate ai membri delle O.N.G. concretatesi nella restituzione dei gommoni ai trafficanti di migranti, desumendosi dagli atti d'indagine che gli stessi erano poi stati effettivamente riutilizzati per compiere ulteriori delitti di favoreggiamen-

<sup>35</sup> Cfr. p. 145 del provvedimento.

<sup>36</sup> Cfr. p. 131 del provvedimento.

<sup>37</sup> Cfr. p. 140 del provvedimento in esame.

<sup>38</sup> Cfr. in particolare p. 143 del provvedimento in questione, ove si legge che «appare (...) evidente che, una volta trasferiti a bordo della *Iuventa* e posti in salvo i migranti, nessuna ulteriore attività operativa concordata con i trafficanti possa ritenersi giustificata dall'adempimento del dovere o da un ipotetico stato di necessità e debba essere considerata un'illecita attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, con conseguente responsabilità concorsuale nella commissione del delitto di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998».

<sup>39</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2014, n. 36125. Non ci sembra, invece, che il solo fatto dell'accordo possa essere ritenuto idoneo a integrare «atti diretti a procurare l'ingresso di migranti nel territorio dello Stato» da parte degli operatori del soccorso in mare, poiché si ritiene che, così come in materia di tentativo, anche nell'ambito delle fattispecie di attentato o a consumazione anticipata debba operare la preclusione di cui all'art. 115 c.p.



to dell'immigrazione clandestina.

## 3.2.

### *Stato di necessità e scriminante umanitaria: quali margini di applicabilità?*

Sulla base delle osservazioni finora svolte, le c.d. *consegne concordate di migranti*, frutto di un vero e proprio *accordo* tra trafficanti e soccorritori, sembrerebbero rientrare a tutti gli effetti nell'area di applicazione della fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98. Se si volesse però tentare di ricostruire il "sinallagma" oggetto di un simile patto, esso non potrebbe che rintracciarsi – in assenza di elementi ulteriori e specifici – in questi termini: i trafficanti ottengono che il loro disegno criminoso venga portato a termine con il minimo dei rischi e dei costi per la propria associazione; i soccorritori adempiono invece alla propria *mission*, anch'essi minimizzando i costi sia economici, sia di vite umane<sup>40</sup>.

Potrebbe allora sorgere il dubbio, a fronte della sicura illiceità di simili condotte, che residui un qualche spazio per il riconoscimento di uno *stato di necessità* (nei termini, in particolare, del c.d. *soccorso di necessità*) in favore dei soccorritori collusi, che, come già detto, anche nello scendere a patti con i trafficanti sono animati dalla finalità di prevenire quanto più possibile perdite di vite umane in mare.

Detta situazione scusante, nondimeno, ai fini di escludere *in toto* la punibilità di costoro ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/98, dovrebbe sussistere nel momento dell'accordo con i trafficanti; può pertanto sicuramente escludersi una sua configurabilità nei casi in cui l'accordo sia *preesistente* rispetto all'inizio del viaggio in mare dei migranti, perché in tali ipotesi non sussisterebbero né il requisito dell'*attualità del pericolo* (dovendosi fare riferimento al pericolo di morte o dispersione in mare corso dagli uomini e dalle donne trasportati), né quello della *non volontaria causazione del pericolo* stesso (nella quale invece gli stessi soccorritori, laddove agissero di concerto con i trafficanti, concorrerebbero).

Qualche margine di applicabilità dell'art. 54 c.p. potrebbe pertanto astrattamente ipotizzarsi solo nel caso in cui simile accordo intervenga in un momento in cui i migranti si trovino *già in alto mare*, e dunque in estrema prossimità temporale rispetto alla loro raccolta. In tali condizioni, invero, potrebbe non essere del tutto peregrino sostenere che i soccorritori, scendendo a patti con i trafficanti, siano stati indotti ad agire nel caso concreto dall'esistenza di un *imminente pericolo* di un grave danno alla persona corso dai migranti, pericolo che potrebbe ritenersi *quantomeno minacciato* dai trafficanti, i quali, nel richiedere la collaborazione della O.N.G., implicitamente prospetterebbero loro quale alternativa negativa l'abbandono dei migranti in alto mare. In questa ottica, la scelta da parte degli operatori di collaborare nel perfezionamento di un'attività sicuramente delittuosa potrebbe forse considerarsi scusata ai sensi dell'art. 54 c. 3 c.p., che in una situazione simile potrebbe concretamente svolgere un ruolo effettivo, diverso da quello richiamato dalla già citata Cassazione del 2014.

Senonché, prima di abbracciare siffatta soluzione, i giudici di merito dovrebbero vagliare attentamente anche gli ulteriori requisiti (essenziali ai fini del riconoscimento dello stato di necessità<sup>41</sup>) della *necessità* della condotta – e quindi dell'assenza di *qualsiasi altra alternativa esigibile*<sup>42</sup> – e della *costrizione*, elemento che riveste una pregnante rilevanza autonoma all'interno dell'art. 54 c.p., almeno secondo quella parte della dottrina che vi rintraccia una circostanza scusante soggettiva, piuttosto che una causa di giustificazione<sup>43</sup>.

Al di fuori di quei casi in cui tutti gli elementi fondanti il soccorso di necessità siano considerati accertati sulla base delle circostanze del caso concreto, la finalità umanitaria perseguita dai "soccorritori collusi" non appare idonea a escludere la punibilità ai sensi del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, potendo al più rivestire esclusivamente una

<sup>40</sup> Dal lato delle O.N.G. potrebbero peraltro aggiungersi anche benefici economici indiretti, legati al maggior afflusso di finanziamenti a seguito dell'incremento del numero di "salvataggi" portati a buon fine.

<sup>41</sup> Sull'esigenza di rintracciare anche nelle ipotesi di stato di necessità derivante dall'altrui minaccia tutti gli estremi dello stato di necessità cfr. F. VIGANÒ, *Art. 54 c.p.*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, pp. 1048-1049.

<sup>42</sup> Si tenga peraltro conto che la giurisprudenza richiede normalmente un accertamento particolarmente rigoroso della sussistenza di tale requisito, giungendo a escludere l'applicabilità dell'art. 54 c.p. in una vasta eterogeneità di casi: cfr. a proposito F. VIGANÒ, *Art. 54 c.p.*, cit., p. 1041 ss.

<sup>43</sup> Cfr. in particolare F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 592 ss.

rilevanza ai sensi dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale di cui all'art. 62 n. 1 c.p.

A una soluzione differente, del resto, ci pare che non si possa neppure addivenire valorizzando un'applicazione in chiave analogica alle fattispecie ora considerate della peculiare "scriminante umanitaria" configurata dal comma 2 dell'art. 12 d.lgs. 286/98, che prevede che «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». Pur godendo di un campo di applicabilità per molti aspetti più ampio del soccorso di necessità<sup>44</sup>, infatti, da un lato essa è stata appositamente circoscritta dal legislatore sotto il profilo territoriale, sicché un'estensione in via analogica della stessa a condotte poste in essere fuori dall'Italia e rispetto a migranti non ancora entrati nel territorio italiano dovrebbe ritenersi preclusa; dall'altro, essa non potrebbe comunque produrre alcuna efficacia scriminante nei confronti di condotte che non appaiano qualificabili come mere *attività di soccorso e assistenza*<sup>45</sup>, quali specifiche condotte di agevolazione poste in essere dai soccorritori in favore dei trafficanti di migranti.

## 4.

### Alcune provvisorie conclusioni: la problematica rilevanza penale della c.d. "zona grigia".

Se la nostra breve analisi ci consente di riconoscere con certezza la sicura legittimità delle doverose attività di ricerca e soccorso in mare, così come, d'altro canto, la riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98 della (quasi) totalità dei casi in cui il "salvataggio" dei migranti sia in realtà frutto di un preventivo accordo con i trafficanti, tra tali due opposte situazioni sembra tuttavia persistere un cono d'ombra attualmente ancora inesplorato: una sorta di "zona grigia" di più difficile qualificazione, all'interno della quale si andrebbero a collocare le condotte di tutti quegli operatori del soccorso in mare che, in assenza di rapporti o contatti diretti con i trafficanti, si limitino ad *aspettare* in prossimità del limite delle acque territoriali libiche l'arrivo dei barconi carichi di migranti, in scenari in cui – peraltro – questi ultimi si presentano spesso "scortati" da piccole imbarcazioni della Guardia costiera libica o, addirittura, dei trafficanti stessi.

Due sono, a nostro giudizio, i nodi cruciali da sciogliere per individuare eventuali profili di responsabilità penale in capo ai soccorritori in situazioni di tal genere: anzitutto, sotto il *versante processuale*, occorrerà determinare sulla base di quali elementi sia possibile desumere l'esistenza in simili casi di un vero e proprio "accordo tacito" tra soccorritori e trafficanti, che farebbe ricadere tali ipotesi nelle già esaminate fattispecie di "consegna concordata" che, come si è visto, a ragione vengono ricondotte nell'area di applicabilità del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; in secondo luogo, sul *versante del diritto penale sostanziale*, sarà necessario interrogarsi sulla possibilità che, anche laddove non emerga nessuna prova di un vero e proprio accordo illecito, ai soccorritori venga comunque contestato un *concorso morale* nel fatto dei trafficanti, avendo i primi di fatto contribuito – mediante la loro stessa presenza in prossimità delle acque territoriali libiche, ben nota ai trafficanti – a rafforzare o determinare i propositi criminosi di questi ultimi rispetto a ciascun singolo fatto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Non può essere questa la sede per affrontare simili complesse questioni, che, eventualmente, dovranno essere maggiormente approfondite in sede giudiziaria, alla luce delle peculiarità dei differenti casi concreti che potrebbero essere portati all'attenzione degli organi inquirenti. Esse, peraltro, non appaiono di scarso rilievo: il ruolo che le operazioni di *search and rescue* rivestono all'interno della strategia criminale dei trafficanti di migranti è, come abbiamo visto, ormai un dato della prassi, che tuttavia impone di vagliare con attenzione i potenziali rischi di *criminalizzazione generalizzata* a carico di tutti i soggetti meritoriamente impegnati nelle attività di soccorso in mare (membri di O.N.G., ma non solo).

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva che, a nostro giudizio, deve essere interamente rigettata. Anzitutto, non sfugge come, già sul terreno causale, la prova del contributo atipico dei soccorritori appaia estremamente ardua, se non impossibile, non potendosi in verità escludere

<sup>44</sup> Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 12 T.U. immigrazione*, cit., p. 2735.

<sup>45</sup> Così P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014, pp. 128-129.

con certezza che quei singoli episodi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in cui gli stessi possano essere chiamati a concorrere si sarebbero comunque realizzati pur in loro assenza, con quelle stesse modalità<sup>46</sup>. Problemi ancora maggiori si riscontrerebbero poi sul terreno dell'elemento soggettivo: e, infatti, può essere messo in dubbio che la mera constatazione della consapevolezza in capo ai soccorritori del contributo *genericamente* fornito ai trafficanti di migranti sul piano morale possa essere considerata sufficiente a integrare il c.d. "dolo doppio"<sup>47</sup> richiesto ai fini del concorso nel reato. Appare infatti problematico rintracciare in capo ai soccorritori un'ineffettiva e volontaria condotta di *istigazione*, necessariamente in tali casi *in incertam personam*, e peraltro in termini di dolo eventuale, la cui compatibilità con il concorso morale è, a giudizio di parte della dottrina, di per sé controversa<sup>48</sup>.

Ancora più in radice, apparirebbe a nostro avviso del tutto anomalo considerare la condotta dei soccorritori – in assenza, ripetiamo, di ogni prova relativa ad un loro accordo con i trafficanti – come condotta *antigiuridica* in quanto causalmente rilevante rispetto alla condotta dei trafficanti. Alla luce della disciplina nazionale e internazionale che regola le attività di ricerca e soccorso in mare, difatti, non può che concludersi come le stesse attività di monitoraggio a salvaguardia della sicurezza delle frontiere marittime europee si configurino come attività *legittime e doverose* all'interno del "sistema SAR", nel quale, come si è visto, anche le O.N.G. si inseriscono armonicamente a pieno titolo.

Anche qualora si dovesse ritenere, dunque, che i trafficanti facciano in effetti affidamento sul pronto intervento delle O.N.G., e che pertanto vengano per questa via incoraggiati a 'lanciare' in alto mare barche di migranti manifestamente sovraccariche ovvero prive del carburante necessario per raggiungere le coste italiane, ciò non escluderebbe l'oggettivo carattere di *conformità al diritto* (nazionale e internazionale) delle operazioni di salvataggio, le quali dunque non potrebbero essere considerate al tempo stesso costitutive di reato; e ciò per l'assorbente ragione – del tutto ovvia per la teoria del reato contemporanea – che una condotta considerata lecita (e anzi doverosa) dall'ordinamento difetta per ciò stesso del carattere dell'*antigiuridicità*, il secondo connotato necessario (dopo la tipicità) a costituire un reato.

La condotta sarà pure, insomma, causalmente rilevante rispetto all'azione dei trafficanti, e come tale "tipica" ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 c.p. e 12 t.u. imm.; ma non potrà essere considerata "antigiuridica", stante il suo carattere di condotta *doverosa* ai sensi di altre disposizioni del diritto nazionale e internazionale, prevalenti sul divieto penalmente sanzionato in parola.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> A questo proposito, il già citato rapporto *Blaming the rescuers* sottolinea l'assenza di un nesso causale tra presenza delle O.N.G. in alto mare e aumento delle partenze, evidenziando peraltro l'incremento del tasso di mortalità in mare in corrispondenza ai periodi di inattività delle O.N.G.

<sup>47</sup> Elemento soggettivo integrato non solo dalla coscienza e volontà di apportare un contributo causale all'attività criminosa altrui, ma anche dalla coscienza e volontà di commettere il reato quale fatto specifico e determinato: si può rimandare a riguardo a F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, p. 249 ss.

<sup>48</sup> Cfr. in particolare le osservazioni svolte da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis: il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 211 ss.

<sup>49</sup> Simili considerazioni sono svolte anche da M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata"*, cit., p. 13.