

L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?

di Luca Masera

Due recenti procedimenti giudiziari, avviati per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nei confronti di Ong impegnate nelle attività di soccorso in mare, hanno reso attuale la questione della possibile rilevanza penale di tali attività. La solidarietà verso i migranti irregolari può costituire un reato nel nostro ordinamento? Quali sono i limiti oltre i quali una condotta mossa da esclusive finalità solidaristiche può essere configurata come penalmente illecita? Dopo aver analizzato i casi in cui si è posto il problema e gli argomenti utilizzati nei provvedimenti che se ne sono occupati, il lavoro individua come centrale nella soluzione del problema l'interpretazione che si intenda fornire dello stato di necessità, e auspica che la giurisprudenza voglia accedere ad una soluzione capace di evitare la criminalizzazione di condotte espressive di quel senso di umanità che deve sempre stare a fondamento dell'applicazione del diritto penale.

1. Da *Mare nostrum* al Codice di condotta

«*Da eroi a trafficanti*»: così è intitolato un articolo pubblicato su questa *Rivista* nel luglio del 2017, dove vengono ricostruite le tappe salienti della progressiva diffusione di un atteggiamento (istituzionale e mediatico) di “sospetto” nei confronti degli operatori umanitari che prestano attività di soccorso nelle acque del Mediterraneo¹. L'ossimoro del «*reato di solidarietà*», oltre che nel discorso pubblico, ha trovato riscontro anche in alcuni provvedimenti (cautelari) dell'Autorità giudiziaria, con cui è stato disposto il sequestro delle imbarcazioni impegnate nel prestare soccorso ai migranti². In questo lavoro ci proponiamo di valutare il fondamento giuridico della criminalizzazione delle attività di soccorso; prima però è utile ripercorrere brevemente le tappe

che hanno condotto all'emersione del problema in sede giudiziaria.

Il ruolo delle imbarcazioni private nel sistema dei soccorsi in mare è cresciuto in maniera progressiva a seguito dell'interruzione, a fine 2014, dell'operazione *Mare nostrum*, disposta dal nostro Governo dopo il terribile naufragio che il 3 ottobre 2013 aveva visto morire più di 350 persone a poche miglia dalle spiagge di Lampedusa. L'immensità della tragedia aveva costretto il Governo ad aprire gli occhi sulla carneficina che da anni si consumava nel Mediterraneo, e che aveva visto un aumento esponenziale delle partenze e dei naufragi dopo la guerra in Libia del 2011. Per impedire che tragedie del genere avessero a ripetersi, venne definito e messo in atto un programma di intervento (l'operazione *Mare Nostrum*), che prevedeva l'impiego di navi della Marina militare per portare soccorso ai natanti in difficoltà anche in prossimità

1. Facciamo riferimento al lavoro di P. Barretta pubblicato in questa *Rivista on line* il 4.7.2017, www.questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti_le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare_04-07-2017.php.

2. Il riferimento è ai provvedimenti del gip presso il Tribunale di Trapani del 2.8.2017 e del gip presso il Tribunale di Catania del 27.3.2018, entrambi pubblicati su questa *Rivista on line*, rispettivamente il 18.9.2017 www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-iuventa_ong-e-soccorso-in-mare_18-09-2017.php e il 31.3.2018 www.questionegiustizia.it/articolo/il-sequestro-della-nave-open-arms-e-reato-soccorrere-migranti-in-pericolo-di-vita_31-03-2018.php.

delle acque territoriali libiche, evitando approdi di fortuna come quello che era stato all'origine dell'ultima immane tragedia.

Alla scadenza prevista di un anno l'operazione non viene prorogata, tanto perché ritenuta troppo costosa (all'incirca 9 milioni di euro al mese), quanto perché accusata da più parti di aver provocato un aumento delle partenze e degli sbarchi.

Nella gestione delle operazioni *Sar* (*Search and rescue*) interviene nel novembre 2014 l'Unione europea, con l'operazione *Triton*. Il *budget* è molto limitato (intorno ai 3 milioni al mese), e la finalità precisa dell'operazione non è, come per *Mare nostrum*, il soccorso dei migranti in pericolo, ma il controllo delle frontiere; in conformità con gli scopi del nuovo dispositivo, i mezzi di soccorso della nostra Marina militare stazionano nelle acque territoriali, e non più nelle acque internazionali prospicienti alla Libia.

Nei mesi successivi alla chiusura di *Mare nostrum*, i naufragi tornano ad aumentare. Tra gli episodi più terribili, basti qui ricordare la tragedia del 18 aprile 2015, con l'annegamento nel Canale di Sicilia di un numero di persone stimato tra le 800 e le 900; ed il naufragio che, a macabra celebrazione dell'anniversario, il 18 aprile 2016, vede la morte di oltre 400 persone nel medesimo tratto di mare interessato dalla tragedia dell'anno precedente.

È in questa fase che assumono un ruolo sempre più rilevante le imbarcazioni delle Ong. Di fronte all'orrore del ripetersi ormai quasi routinario di tragedie di dimensioni immani, e di fronte alla chiara volontà degli Stati e dell'Unione europea di non predisporre un sistema di soccorsi in grado di evitarli, la società civile europea si mobilita per provare almeno a ridurre i numeri della strage³. Il plauso all'iniziativa è generale, e le navi delle Ong vengono più o meno stabilmente inserite nel sistema complessivo di gestione dei soccorsi in mare gestito dalle nostre autorità navali (civili e militari), al punto che nella seconda metà del 2016 quasi il 40% delle operazioni di soccorso viene condotto dalle Ong stesse, sotto il coordinamento della Guardia costiera italiana.

Nei primi mesi del 2017, il clima nei confronti dei soccorritori inizia rapidamente a cambiare. Il numero degli stranieri che giungono via mare sulle nostre coste è sempre più elevato, ed ogni forma di contributo (anche a fini puramente umanitari) al loro arrivo suscita in larga parte dell'opinione pubblica sentimenti di sospetto se non di esplicito biasimo. In un rapporto del mese di febbraio stilato da *Frontex* (l'agenzia europea che si occupa della gestione delle frontiere

esterne dell'Unione) viene, poi, per la prima volta veicolato anche a livello istituzionale il messaggio per cui le attività delle Ong costituiscono un *pull factor* delle partenze, in quanto gli operatori umanitari, pur agendo in buona fede, ottengono in realtà il risultato di agevolare le attività delle bande criminali che gestiscono le partenze dalla Libia⁴.

Alle perplessità di *Frontex* si aggiungono, nei mesi immediatamente successivi, le ripetute dichiarazioni alla stampa del procuratore della Repubblica di Catania Carmelo Zuccaro, che dà notizia di indagini in corso da cui emergerebbero contatti tra le Ong e le organizzazioni criminali che operano in Libia. In un contesto politico e mediatico ove non è raro che venga usato il termine di "invasione" per descrivere il flusso di migranti dalle coste libiche, gli scenari evocati dal procuratore vengono immediatamente ripresi ed enfatizzati dai *leaders* dei partiti di opposizione (in particolare Lega e M5s), che contestano al Governo l'incapacità di gestire il fenomeno in atto, e non esitano ad indicare nelle Ong i corresponsabili della situazione.

La pressione sulle Autorità di governo per l'adozione di provvedimenti che diminuiscano il numero degli sbarchi si fa di settimana in settimana più forte; l'impegno a fare il possibile perché si consegua tale risultato diventa una assoluta priorità per la compagine governativa, ed in specie per il Ministro dell'interno Marco Minniti, che in svariate occasioni pubbliche mostra di condividere le preoccupazioni del procuratore di Catania circa il ruolo ambiguo svolto da alcune delle Ong impegnate nei soccorsi.

L'atteggiamento di diffidenza del Governo nei confronti delle Ong trova una veste anche formale con la diffusione, verso la fine del mese di luglio, di un «Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare», alla cui sottoscrizione viene subordinata la possibilità per le Ong di collaborare con le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Sul presupposto che «l'attività di salvataggio non può essere disgiunta da un percorso di accoglienza sostenibile e condiviso con gli altri Stati membri», e richiamandosi alle conclusioni raggiunte nella riunione informale dei Ministri della giustizia e degli interni dell'Ue svoltasi a Tallin il 6 luglio, ove era stata accolta con favore la proposta italiana di formulare «una serie di regole chiare» che le Ong impegnate nei soccorsi in mare avrebbero dovuto rispettare, il Governo individua 13 "impegni" che le Ong devono assumere, pena la possibile «adozione di misure da parte delle Autorità italiane nei confronti

3. Per una interessante riflessione sul ruolo della società civile rispetto alla crisi migratoria degli ultimi anni, cfr. in particolare J. Allsopp, *Solidarity, smuggling and the European refugee crisis: civil society and its discontents*, in *Dir, imm, citt.*, 2017, n. 3, pp. 1 ss.

4. Il riferimento è al *Risk Analysis Report* di *Frontex* del febbraio 2017, ripreso anche nel lavoro di Barretta già citato *supra*.

della relative navi»⁵. Taluni degli impegni richiesti (in specie quello di collaborare con la Guardia costiera libica e quello di accettare la presenza a bordo di funzionari della Polizia italiana) non risultano accettabili per alcune Ong, che si rifiutano di sottoscrivere il testo; la maggioranza di esse accetta invece di aderire al codice, e prosegue secondo le nuove regole l'impegno nell'affiancare le autorità italiane nella gestione dei soccorsi. Al momento in cui si scrive (maggio 2018), sono ancora presenti imbarcazioni di Ong che svolgono attività di soccorso sotto il coordinamento della nostra guardia costiera, anche se in numero assai ridotto rispetto agli stessi mesi dell'anno precedente.

Non è nostra intenzione procedere ora ad una dettagliata analisi critica del contenuto del codice di condotta⁶, il cui valore giuridico è del resto assai di-

scutibile, trattandosi di un semplice accordo stipulato dall'autorità governativa con soggetti privati, privo di rango normativo, anche regolamentare⁷. Ciò che ci interessa qui sottolineare è come la sua approvazione segni il momento in cui il soccorso in mare, da espressione encomiabile di solidarietà, diventa a tutti gli effetti un'attività da guardare con sospetto, con regole (come quella di non trasferire i soggetti soccorsi su altre imbarcazioni) che sembrano dettate apposta per ostacolare e rendere meno frequenti gli interventi dei soccorritori⁸.

Del resto, l'obiettivo generale della politica del Governo è chiaro. Per ridurre gli arrivi dalla Libia, è necessario rafforzare le capacità operative della polizia e della guardia costiera libica, in modo che siano in grado *in primis* di impedire le partenze, e comunque di

5. Il testo dell'accordo è agevolmente scaricabile dal sito del Ministero dell'interno. I 13 punti sono comunque i seguenti: «1) l'impegno a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l'attività di *Search and Rescue* (Sar) da parte della Guardia costiera libica (...); 2) impegno a rispettare l'obbligo di non spegnere o ritardare la regolare trasmissione dei segnali Ais (*Automatic identification system*) e Lrit (*Long range identification and tracking*), qualora installati a bordo (Cap. V Solas) (...); 3) l'impegno a non effettuare comunicazioni o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, fatte salve le comunicazioni necessarie nel corso di eventi Sar per preservare la sicurezza della vita in mare (...); 4) impegno a comunicare al competente Mrcc l'idoneità tecnica (relativa alla nave, al suo equipaggiamento e all'addestramento dell'equipaggio) per le attività di soccorso, fatte salve le applicabili disposizioni nazionali ed internazionali concernenti la sicurezza dei natanti e le altre condizioni tecniche necessarie alla loro operatività (...); 5) l'impegno ad assicurare che, quando un caso Sar avviene al di fuori di una Srr ufficialmente istituita, il comandante della nave provveda immediatamente ad informare le autorità competenti degli Stati di bandiera, ai fini della sicurezza, e il Mrcc competente per la più vicina Srr, quale "*better able to assist*", salvo espresso rifiuto o mancata risposta di quest'ultimo (...); 6) impegno ad osservare l'obbligo previsto dalle norme internazionali di tenere costantemente aggiornato il competente Mrcc o l'Osc (*On scene coordinator*) designato da quest'ultimo in merito allo scenario in atto ed all'andamento delle operazioni di soccorso (...); 7) l'impegno a non trasferire le persone soccorse su altre navi, eccetto in caso di richiesta del competente Mrcc e sotto il suo coordinamento anche sulla base delle informazioni fornite dal Comandante della nave (...); 8) impegno ad assicurare che le competenti autorità dello Stato di bandiera siano tenute costantemente informate dell'attività intrapresa dalla nave ed immediatamente informate di ogni evento rilevante ai fini di "*maritime security*" (...); 9) impegno a cooperare con l'Mrcc, eseguendo le sue istruzioni ed informandolo preventivamente di eventuali iniziative intraprese autonomamente perché ritenute necessarie ed urgenti (...); 10) l'impegno a ricevere a bordo, eventualmente e per il tempo strettamente necessario, su richiesta delle Autorità italiane competenti, funzionari di Polizia giudiziaria affinché questi possano raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani, senza pregiudizio per lo svolgimento delle attività umanitarie in corso (...); 11) l'impegno a dichiarare, conformemente alla legislazione dello Stato di bandiera, alle autorità competenti dello Stato in cui l'Ong è registrata tutte le fonti di finanziamento per la loro attività di soccorso in mare (...); 12) l'impegno ad una cooperazione leale con l'Autorità di Pubblica sicurezza del previsto luogo di sbarco dei migranti, anche trasmettendo le pertinenti informazioni di interesse a scopo investigativo alle Autorità di polizia (...); 13) impegno a recuperare, durante le attività, una volta soccorsi i migranti e nei limiti del possibile, le imbarcazioni improvvisate ed i motori fuoribordo usati dai soggetti dediti al traffico/tratta di migranti e ad informare immediatamente l'Icc (*International coordination centre*) dell'operazione Triton (...).

6. Per un'analisi "a caldo" del testo, cfr. le numerose e ben argomentate critiche mosse nella *Posizione sulla bozza di «Codice di condotta per le Ong coinvolte nel salvataggio di migranti in mare»* (a cura di C. Pitea e S. Trevisanut) pubblicato sul sito di Asgi il 25 luglio, ed il commento alla sua definitiva approvazione pubblicato il 1 agosto; per ulteriori spunti di riflessione, cfr. i lavori di I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., imm., citt.*, 2017, n. 3, pp. 22 ss., e F. Ferri, *Il Codice di condotta per le Ong e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2018, n. 1, pp. 189 ss.

7. Cfr. sul punto le conclusioni di I. Papanicolopulu, cit., p. 25: «Una prima considerazione sugli impegni previsti nel Codice di condotta riguarda la natura giuridica di tale Codice, che non è affatto chiara, e la sua impostazione unilaterale, che prevede vincoli ed obblighi soltanto per una parte. Sicuramente non si tratta di atto normativo, non essendo esso stato adottato mediante le forme previste dall'ordinamento italiano. Non si tratta neppure di un atto di diritto internazionale, in quanto non è riconducibile a nessuna delle tipologie di atti previste da esso. Non è sicuramente un Trattato internazionale, sia perché è stato firmato da una parte soltanto (le Ong) e non dall'altra (l'Italia), sia perché contiene obblighi solo per una parte (le Ong) e non per l'altra (l'Italia). Esso potrebbe quindi essere visto come un impegno unilaterale delle Ong firmatarie, a fronte del quale, tuttavia, non sembra derivino conseguenze giuridiche per l'Italia, che lo ha proposto».

8. In I. Papanicolopulu, cit., p. 26 l'autrice parla di disposizioni che «sembrerebbero voler perseguire il fine pratico di "intimorire" le Ong, che di conseguenza potrebbero diminuire i propri sforzi in materia di ricerca e soccorso».

intercettare le imbarcazioni dirette verso l'Italia, operando in nostra vece quei respingimenti in alto mare che dopo la notissima sentenza *Hirsi* della Corte Edu (2012) non possiamo più realizzare direttamente.

In questo quadro, le imbarcazioni delle Ong rappresentano un elemento distonico, un fattore di intralcio. È ovvio che il Governo non può impedire d'imperio le condotte di soccorso, tanto più che esse vengono compiute in acque internazionali e da imbarcazioni che non battono la nostra bandiera. Il segnale che si vuole trasmettere, però, è molto chiaro: la finalità di salvare vite in mare deve essere considerata assieme all'esigenza di ridurre il numero degli sbarchi dalla Libia, e l'assistenza delle Ong ai migranti in mare deve essere esercitata entro i limiti che le nostre autorità intendano riconoscerle.

2. I procedimenti penali nei confronti delle imbarcazioni dei soccorritori: i casi delle navi *Iuventa* e *Open Arms*

Il mutamento del comune sentire rispetto alle attività dei soccorritori trova presto riscontro anche in ambito giudiziario.

Proprio nelle settimane in cui veniva discusso ed approvato il Codice di condotta, il 2 agosto 2017 il gip presso Tribunale di Trapani, accogliendo la richiesta avanzata dalla Procura il 17 luglio, aveva disposto il sequestro preventivo ex art. 321, co. 1, cpp, della nave *Iuventa*, in gestione alla Ong tedesca *Jugend Rettet*, in quanto l'equipaggio avrebbe in diverse occasioni (nelle prime settimane di giugno) concordato direttamente la consegna in mare dei migranti con le bande criminali libiche: condotte integranti secondo il gip siciliano gli estremi del concorso nella fattispecie delittuosa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12, co. 3 e 3 bis, Tui⁹.

Sono passati quasi quindici anni dal celebre caso della nave *Cap Anamur*, che come noto si era concluso cinque anni dopo i fatti, nell'ottobre 2009, con l'assoluzione di tutti gli imputati da parte del Tribunale di Agrigento, in quanto la loro condotta di trasferimento in Italia dei migranti soccorsi in acque internazionali era stata ritenuta giustificata dalla scriminante di cui all'art. 51 cp, posto che il soccorso era da considerarsi

imposto da una pluralità di fonti di diritto internazionale ed interno¹⁰. Con il sequestro della *Iuventa* torna a porsi il problema della rilevanza penale di condotte di cui è comunque fuori discussione il carattere umanitario e privo di finalità lucrativa.

La vicenda giudiziaria è ancora lontana da una conclusione definitiva. La fase cautelare è stata decisa dalla Cassazione nel senso della conferma del decreto di sequestro con una decisione del 24 aprile 2018, di cui al momento in cui si scrive non sono ancora state rese note le motivazioni. A breve poi la Procura trapanese dovrà decidere se concludere la fase di indagine con richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio dell'equipaggio della *Iuventa*.

Se i fatti che sono stati posti a fondamento del provvedimento cautelare di sequestro troveranno conferma in sede di merito, sicuramente ci troviamo in una situazione che si situa al limite estremo di liceità delle attività di soccorso umanitario. Secondo la ricostruzione accusatoria, la *Iuventa* non ha soccorso delle imbarcazioni alla deriva, ma ha in più occasioni preso accordi con le associazioni criminali che gestiscono le partenze, in modo da accogliere a bordo della motonave i migranti in fuga dalla Libia (con altresì la restituzione in alcune occasioni ai trafficanti delle imbarcazioni usate per il trasferimento).

I fatti così ipotizzati integrano secondo il gip gli estremi del concorso nel reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare ex art. 12, co. 3 e 3 bis, Tui, pur senza che all'equipaggio della *Iuventa* venga contestato il concorso anche nel reato associativo di cui sarebbero chiamati a rispondere i trafficanti, qualora individuati¹¹. In effetti, considerata la vastissima tipicità del delitto in contestazione, ove sono punite tutte le condotte «dirette a procurare illegalmente l'ingresso» dello straniero nel territorio dello Stato, e la sua natura di reato a consumazione anticipata; e considerata altresì l'evidente agevolazione all'attività dei trafficanti fornita secondo la Procura dall'equipaggio della *Iuventa* con la prassi delle «consegne concordate» e della restituzione delle imbarcazioni usate per il trasbordo: sembra difficile individuare argomenti per ritenere che una tale ricostruzione in fatto, qualora provata, non integri gli estremi di un concorso dei responsabili della *Iuventa* nel reato di cui all'art. 12 Tui, posto che – è bene rammentarlo – il favoreggiamento dell'ingresso è

9. Il testo del decreto di sequestro è stato pubblicato su questa *Rivista on line* il 18.9.2017, con nota di R. Barberini, *Il sequestro della Iuventa: Ong e soccorso in mare*, v. anche nota 2.

10. Trib. Agrigento, 7.10.2009, n. 954, in *Dir., imm., citt.*, 2010, n. 2, con nota di F. Vassallo Paleologo, *Il caso Cap Anamur – Assolto l'intervento umanitario*, pp. 87 ss. Per una recente ricostruzione del caso e dei suoi aspetti di similitudine rispetto alle vicende odierne, cfr. F. Vassallo Paleologo, *Il Caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?*, pubblicato il 19.3.2018 sul sito dell'Associazione *diritti e frontiere – Adif*; www.a-dif.org/2018/03/19/il-caso-cap-anamur-assolto-lintervento-umanitario-e-oggi/.

11. Gip Trapani, cit., p. 140: «Appare doveroso sottolineare che gli appartenenti alla Ong tedesca non vanno in alcun modo considerati come affiliati ai gruppi criminali operanti in territorio libico non condividendone né metodi, né finalità».

punibile quale che sia la finalità che muova l'agente (il fine di profitto, anche indiretto, configura solo la circostanza aggravante di cui all'art. 3 *ter*, lett. b, che non è stata contestata nel caso in esame)¹².

Quanto poi al profilo dell'antigiuridicità, il gip esclude che le condotte contestate possano ritenersi scriminate *ex art.* 51 cp dall'adempimento del dovere di soccorso in mare, che entra in gioco solo quando i soggetti soccorsi si trovino in una situazione di pericolo legata alle condizioni di navigazione, insussistente negli episodi contestati, e non può comunque venire in rilievo rispetto alle condotte di agevolazione delle attività dei trafficanti¹³. Il provvedimento di sequestro non prende invece neppure in considerazione la configurabilità dello stato di necessità.

Proprio l'estensione che si intenda attribuire alla causa di giustificazione di cui all'art. 54 cp risulta invece decisiva nella seconda e recentissima vicenda che vede implicata in un procedimento penale la nave di una Ong impegnata in attività di soccorso.

Il caso è complesso, e molto diverso da quello appena analizzato. In estrema sintesi, la nave *Open Arms*, che per conto della Ong spagnola *Proactiva Open Arms* svolge attività di soccorso in mare, riceve il 15 marzo 2018 una comunicazione da parte della Guardia costiera italiana, che le segnala la presenza di un gommone con diversi migranti a bordo a 40 miglia da Tripoli, e le richiede in quanto nave più vicina di recarsi sul posto per valutare la situazione. Nel frattempo la Guardia costiera libica comunica a quella italiana di essere in grado di intervenire, e le autorità italiane ingiungono alla *Open Arms* di interrompere l'operazione. L'equipaggio spagnolo decide di recarsi comunque sul posto, e constatate le precarie condizioni del gommone, nonostante le ripetute indicazioni delle autorità italiane di lasciare ai libici in arrivo le attività di soccorso (in ottemperanza alle disposizioni del Codice di condotta sottoscritto dalla Ong spagno-

la), inizia ad operare il trasbordo dei migranti stipati sul gommone. Nel frattempo le navi della Guardia costiera libica arrivano sul posto, e pretendono la consegna dei migranti soccorsi, sino al punto di ostacolare le operazioni di soccorso in atto con manovre pericolose per l'integrità dei migranti e dell'equipaggio spagnolo; l'episodio si conclude con la desistenza dei libici, e l'allontanamento senza danni della *Open Arms* con i migranti a bordo. La nave spagnola chiede indicazioni alle Autorità italiane su come procedere, segnalando una situazione di grave pericolo per un neonato di tre mesi e la madre; gli italiani replicano che l'effettuazione del soccorso al di fuori del loro coordinamento rende responsabile di fornire istruzioni l'autorità della bandiera (e quindi la Guardia costiera spagnola), ed indicano comunque alla *Open Arms* di rivolgersi alle Autorità maltesi, visto che la nave era giunta nel frattempo a sole quattro miglia dalle coste maltesi. Gli spagnoli, dopo avere affidato ai maltesi i due soggetti in imminente pericolo di vita, proseguono la navigazione verso l'Italia, senza dare seguito alle indicazioni delle autorità italiane e spagnole di chiedere ai maltesi di poter sbarcare tutti i migranti. La *Open Arms* naviga di propria esclusiva iniziativa sino alle acque italiane, sino a quando giunge dal Ministero dell'interno l'autorizzazione ad attraccare nel porto di Pozzallo.

La Procura distrettuale della Repubblica di Catania – competente in quanto ritenuta configurabile la fattispecie associativa di cui all'art. 416, co. 6, cp, in concorso con l'art. 12, co. 3 e *bis*, Tui – ottiene il 27 marzo dal gip etneo la convalida del sequestro preventivo della *Open Arms* disposto in via d'urgenza il giorno 18¹⁴. La questione controversa, come già accennato sopra, è la configurabilità o meno dello stato di necessità, che le difese degli indagati invocavano non tanto per le condizioni del gommone (la situazione non era probabilmente talmente grave da non

12. Gip Trapani, cit., p. 138: «Nel caso in esame, non è in discussione che l'ingresso illegale sul territorio dello Stato italiano sia stato "procurato" dai trafficanti libici mediante un'organizzazione professionale che trasporta continuamente cittadini stranieri nel Mediterraneo per poi lasciarli alle attività internazionali di soccorso, ma piuttosto affermare con uguale certezza che l'equipaggio della *Iuventa* ha posto in essere condotte che hanno permesso ai medesimi trafficanti di portare a termine il loro scopo ed anche di organizzare con successo nuovi viaggi, condotte che hanno sicuramente trovato origine nella volontà di evitare ogni rischio di naufragio dei barconi ma che hanno valicato i limiti della legalità laddove hanno garantito l'impunità dei criminali dediti alla tratta di essere umani e facilitato il recupero da parte di questi ultimi delle imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti. Non vi può essere, pertanto, dubbio nell'affermare che, con le condotte poste in essere, l'equipaggio della *Iuventa* ha concorso nella commissione della condotta illecita posta in essere dagli ignoti trafficanti libici rendendo sicuramente più agevole la consumazione».

13. Gip Trapani, cit., p. 143: «Non vi può essere dubbio che 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 ulteriori finalizzate a mantenere buoni rapporti con i trafficanti di essere umani e agevolarne l'attività volta a far entrare più migranti possibili nel territorio nazionale con conseguente inapplicabilità della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 del codice penale».

14. Gip Catania, 27.3.2018, in questa *Rivista on line*, 31.3.2018, con nota di S. Perelli, *Il sequestro della nave Open Arms: è reato soccorrere migranti in pericolo di vita?* v. anche nota 2; cfr. anche il commento di D. Mancini, *Ancora dubbi sui limiti all'intervento umanitario di Ong nel Mediterraneo (sequestro penale e soccorso di necessità)*, in www.unicost.eu.

potersi attendere l'intervento dei libici), quanto per il fatto che «il rientro dei migranti in Libia significava per gli stessi l'andare incontro a gravi ripercussioni, con esposizione a violenze di ogni tipo e, comunque, la ricollocazione in campi profughi dove le condizioni di vita sono intollerabilmente spaventose, e dove i diritti umani non vengono minimamente rispettati»¹⁵.

Il gip, pur non negando le drammatiche condizioni in cui versano i migranti nei campi libici, ricorda come la tutela della vita dei migranti sia contemplata a livello normativo con le esigenze statali al controllo dei flussi migratori¹⁶. I soccorsi in mare devono avvenire secondo precise modalità, dettate in particolare dal Codice di condotta, che l'Ong spagnola, pur avendolo sottoscritto, ha nell'occasione violato¹⁷. Tale violazione comporta, secondo il giudice, il superamento della soglia entro cui il trasferimento in Italia di stranieri irregolari può considerarsi legittimo¹⁸, posto che «non può essere consentito alle Ong di creare autonomi corridoi umanitari al di fuori del controllo statale ed internazionale»¹⁹.

Quanto poi allo stato di necessità invocato dalle difese, il gip ne esclude la sussistenza, dal momento che la presenza della nave libica pronta a prendere a bordo i migranti esclude quanto meno il requisito dell'inevitabilità del pericolo. Le considerazioni relative al pericolo di torture e trattamenti inumani cui i migranti sarebbero stati esposti qualora riportati in Libia, non assumono secondo il giudice alcuna rile-

vanza ai fini della valutazione della scriminante perché «si tratta di eventi che la legislazione italiana e quella internazionale non hanno preso in considerazione»²⁰. Così il gip conclude la propria ricostruzione sul punto: «va ribadito il concetto che la legislazione di cui al Tu sull'immigrazione non contempla come scriminante il fine della solidarietà in capo al soggetto agente, risultando – allo stato della legislazione – del tutto irrilevanti le motivazioni personali, che lo hanno spinto all'azione ritenuta penalmente sanzionabile, anche se tali motivazioni sono avvertite da parte dell'opinione pubblica come connotate da condivisibile valore umanitario e non da spinte egoistiche».

Il gip etneo convalida dunque il sequestro, in quanto ritiene sussistente il *fumus boni iuris* rispetto al delitto di cui all'art. 12 Tui, ma non reputa invece sufficienti gli elementi indiziari posti a sostegno della contestazione del reato associativo, l'unico peraltro idoneo a fondare la competenza per materia del Tribunale distrettuale. Gli atti vengono allora trasmessi all'ufficio territorialmente competente, il gip presso il Tribunale di Ragusa, che con una decisione del 16 aprile rigetta la richiesta di conferma del decreto di sequestro avanzata dalla Procura ragusana²¹.

Le opposte conclusioni del giudice ragusano rispetto a quello catanese derivano da una diversa interpretazione della norma sullo stato di necessità. Il gip di Ragusa ricorda che gli obblighi di soccorso in mare, come delineati dalle Convenzioni internazionali di cui

15. Così Gip Catania, cit., pp. 11 ss.

16. Gip Catania, cit., p. 12: «Non può essere negletto che il problema migratorio pone molteplici e gravissime questioni di ordine politico, economico, sociale e giuridico, che le legislazioni nazionali e internazionali hanno affrontato e affrontano, cercando di temperare interessi spesso tra loro confliggenti, quali la salvaguardia della vita umana dei migranti (assicurata mediante gli accordi tra più Stati di soccorso in mare), e la tutela dell'ordine pubblico, e delle esigenze di sicurezza e di pacifica convivenza all'interno di ogni singolo Stato (assicurata mediante un razionale contingentamento del flusso migratorio, con l'imposizione di precise regole: ad es. il Testo unico sull'immigrazione, i trattati internazionali, il cd. Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio)».

17. Gip Catania, cit., p. 13: «Qualora i migranti versino in imminente pericolo di vita, il salvataggio può e deve essere effettuato, rispettando, però, delle precise regole, che sono dettate dai trattati internazionali (Convenzione di Amburgo del 1979) e dai diversi programmi europei di salvataggio che si sono succeduti nel tempo, e dei quali costituisce appendice il Codice di condotta prima citato, che il Ministero dell'interno italiano ha voluto varare per regolamentare la materia, e per mettere ordine nell'azione delle Ong. Tale Codice è stato sottoscritto volontariamente anche dalla Ong cui fa capo la *Open Arms*, la quale però nel caso di specie non si è minimamente attenuta a quanto stabilito dal detto Codice di comportamento».

18. Gip Catania, cit.: «È vero che il citato Codice di condotta non costituisce un compendio di regole, la cui violazione determina automaticamente l'insorgenza di un reato, e della conseguente sanzione penale, però la infrazione di questo autoregolamento rivela il rifiuto di operare all'interno di precisi precetti prefissati dallo Stato italiano, e solo all'interno dei quali l'ingresso nel Territorio nazionale non viene più ritenuto clandestino (le violazioni del Codice di condotta, quindi, comportano la qualificazione di quei comportamenti che determinano l'ingresso di clandestini in Italia come contrarie al dettato della fattispecie criminosa di cui all'art. 12 del Testo unico sull'immigrazione). In sostanza, di fronte a comportamenti che non rispettano il Codice di condotta, viene meno quella sorta di acquiescenza statale (esimente) ad azioni che, altrimenti, potrebbero rientrare nella fattispecie penalmente rilevante prevista dall'art. 12 del Testo unico sull'immigrazione».

19. Gip Catania, cit., p. 14: il passaggio appena riportato è evidenziato con particolare enfasi dalla sentenza (il testo è in carattere grassetto e sottolineato).

20. Gip Catania, cit.

21. Gip Ragusa, 16.4.2018, pubblicato in questa *Rivista on line* il 19.4.2018, con nota di M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, www.questionegiustizia.it/articolo/dissequestrata-la-nave-open-arms-soccorrere-i-migranti-non-e-reato_19-04-2018.php.

l'Italia è parte, non si «esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi con lo sbarco in un luogo sicuro (Pos, *place of safety*)»²², e tale non può considerarsi un luogo come la Libia attuale, ove i migranti sono esposti a rischi considerevoli di torture e trattamenti inumani e degradanti. Il pericolo che il giudice deve tenere in considerazione per valutare la sussistenza dello stato di necessità è anche quello cui sarebbero stati esposti i migranti al loro ritorno in Libia, che ovviamente non poteva considerarsi evitabile con l'intervento della Guardia costiera libica: la decisione della *Open Arms* di non consegnare i migranti ai libici può dunque considerarsi giustificata, secondo il giudice ragusano, ai sensi dell'art. 54 cp²³.

In ordine poi alla decisione del capitano della *Open Arms* di non chiedere a Malta la possibilità di sbarcare i migranti soccorsi, in aperta violazione delle indicazioni ricevute dalle Autorità italiane e di bandiera, il giudice ritiene che essa non valga ad escludere la sussistenza dello stato di necessità, non disponendosi al momento di alcuna prova che le Autorità maltesi fossero concretamente disponibili a prestare l'accoglienza eventualmente richiesta.

«Entrambe le condotte contestate – conclude il decreto – sia in zona Sar libica, sia in zona Sar Malta, si risolvono in una disobbedienza alle direttive impartite dalle Autorità preposte al coordinamento dei soccorsi, che però non vale ad impedire la configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità»²⁴.

Le conclusioni del gip hanno trovato da ultimo conferma da parte del Tribunale del riesame, che con provvedimento dell'11 maggio ha rigettato l'istanza del pubblico ministero, confermando l'ordinanza di dissequestro²⁵.

3. La solidarietà ai migranti irregolari può integrare un fatto tipico di reato

Provando ora ad articolare alcune riflessioni di portata generale sul fondamento giuridico della criminalizzazione delle attività di soccorso umanitario, bisogna prendere le mosse da una fondamentale (per

quanto ovvia) considerazione: per come è formulato all'art. 12 Tui il delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, non vi sono dubbi che, almeno a livello di tipicità (oggettiva e soggettiva), le condotte pur compiute con finalità solidaristiche, ma che agevolano in qualsiasi modo l'arrivo in Italia di stranieri privi di titolo per l'ingresso, integrano gli estremi dei gravi delitti previsti ai co. 1 e 3 dell'art. 12 Tui.

Sul punto, la giurisprudenza è granitica, e del resto il tenore letterale delle norme non lascia margini di dubbio. A differenza che per le condotte di favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolarmente presente sul territorio, punibili ai sensi dei co. 5 e 5 bis dell'art. 12 solo se compiute con finalità di ingiusto profitto, per le ipotesi di favoreggiamento dell'ingresso non vi è alcun elemento testuale da cui possa derivarsi l'esclusione del reato quando il movente dell'agente è umanitario e non lucrativo. Anzi, la previsione all'art. 12, co. 3 *ter*, lett. b), di una specifica circostanza aggravante quando le condotte di favoreggiamento siano accompagnate dalla finalità «di trarne profitto, anche indiretto», denota in modo inequivoco la punibilità di tali condotte anche se sprovviste di qualsivoglia intento lucrativo.

Per evitare di punire le condotte di soccorso in mare e di successivo trasferimento in Italia dei migranti (almeno quando esse siano compiute nell'ambito delle indicazioni fornite dalle Autorità competenti), la giurisprudenza non nega che tali condotte integrino il fatto tipico di cui all'art. 12, ma argomenta sul piano dell'*antigiuridicità*, di cui viene negata la sussistenza in quanto il fatto sarebbe coperto dalla *causa di giustificazione* dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità.

Esemplare al riguardo ci pare il diffuso orientamento giurisprudenziale, che per fondare la giurisdizione italiana quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali ricorre alla figura dell'*autorità mediata*: i soccorritori non sono punibili in virtù dell'adempimento all'obbligo di salvataggio, mentre ai trafficanti è addebitabile *ex art. 54, co. 3 cp*, l'effettivo ingresso degli stranieri in Italia sulle navi dei soccorritori in quanto responsabili della situazione di pericolo che ha fatto sorgere il dovere di soccor-

22. Gip Ragusa, cit., p. 13.

23. Gip Ragusa, cit., pp. 14 ss.: «Allo stato degli atti manca la prova della sussistenza di *place of safety* in territorio libico (ad esempio sotto l'egida di istituzioni internazionali), in grado di accogliere i migranti soccorsi nelle acque Sar di competenza, nel rispetto dei loro diritti fondamentali. In difetto di tale prova, e quindi delle evitabilità del pericolo di un danno grave alla persona, danno che, alla luce di quanto sopra detto, non può ritenersi puramente ipotetico e non attuale, la scriminante dello stato di necessità rimane in piedi».

24. Gip Ragusa, cit., p. 16.

25. Trib. Ragusa, 11.5.2018, inedita. Il Tribunale conferma l'impossibilità di individuare in Libia quel porto sicuro, ove la normativa internazionale chiede vengano sbarcati i soggetti soccorsi in mare, e ritiene di conseguenza configurabile come il Gip lo stato di necessità; vengono poi aggiunte anche considerazioni relative alla difficoltà di ritenere riscontrato l'elemento soggettivo del dolo di favoreggiamento in condotte animate da uno spirito umanitario e caratterizzate comunque dal mantenimento dei contatti con le autorità.

so²⁶. Un presupposto di tale indirizzo è appunto che la condotta dei soccorritori sia tipica ai sensi dell'art. 12 Tui, ma non sia punibile in quanto giustificata dall'adempimento all'obbligo di salvataggio in mare. Tale principio di diritto trova conferma in tutta la giurisprudenza più recente, ed è dato per pacifico anche da tutti i provvedimenti che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente.

Il soccorso umanitario può risultare non punibile quando sussistano gli estremi di una causa di giustificazione (l'adempimento del dovere o lo stato di necessità: ma su questo ci soffermeremo nel prossimo paragrafo), ma non vi sono dubbi che, *de iure condito*, gli estremi dei delitti di favoreggiamento dell'ingresso risultino integrati anche quando l'agevolazione è motivata da ragioni squisitamente umanitarie.

Tale situazione non è affatto peculiare del nostro sistema penale. La punizione delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolari nel territorio dell'Unione, anche se prive di finalità di lucro, è innanzitutto oggetto di un preciso obbligo di incriminazione ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2002/90/Ce, che peraltro consente agli Stati la possibilità di non adottare sanzioni quando l'agevolazione sia stata compiuta «allo scopo di prestare assistenza umanitaria» allo straniero²⁷.

A livello comparato, poi, la repressione delle condotte solidaristiche nel nostro ordinamento è a ben vedere meno estesa che altrove, come testimonia l'acceso dibattito cui da anni si assiste intorno al *délit de solidarité* previsto nell'ordinamento francese.

Sino al 2013, il codice francese sull'immigrazione puniva a titolo di reato non solo (come tuttora) il favoreggiamento senza fine di lucro dell'ingresso di stranieri irregolari, ma anche l'agevolazione a fini

solidaristici della *permanenza* dello straniero irregolare; condotta che invece, giova ripeterlo, non è mai stata ritenuta reato nel nostro ordinamento, dove il favoreggiamento della permanenza è sempre stato punito solo se commesso con finalità di ingiusto profitto²⁸.

Il sistema francese aveva condotto la giurisprudenza a condanne che avevano scosso una larga parte dell'opinione pubblica. Il *leading case* è quello di un cittadino marocchino regolarmente soggiornante da anni in Francia, che era stato condannato per il reato di *aide au séjour irrégulier* per avere ospitato nella sua casa, insieme alla figlia, il genero in attesa di completare la procedura di ricongiungimento familiare. In applicazione della norma penale che puniva anche le condotte di agevolazione prive di finalità lucrativa, i giudici francesi (il caso era giunto sino in Cassazione) avevano ritenuto il suocero responsabile del reato, pur disponendo la dispensa dalla pena. Il caso era poi stato portato anche all'attenzione della Corte Edu, che con decisione del novembre 2011 aveva escluso la violazione dell'art. 8 Cedu, in quanto l'ingerenza prodotta nella vita familiare del ricorrente non poteva ritenersi sproporzionata rispetto alle esigenze di ordine pubblico tutelate dalla norma penale, considerata in particolare la mancata applicazione della pena prevista per il reato²⁹.

La vicenda aveva attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e del mondo politico impegnato nella campagna per le elezioni presidenziali della primavera del 2012, ed il candidato socialista Hollande aveva posto la riforma del *délit de solidarité* tra i punti salienti del programma in materia di immigrazione. Vinte le elezioni (presidenziali e legislative) del 2012, la maggioranza socialista dà seguito all'impegno elet-

26. Cfr. per tutti per tale orientamento Cass., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, in *Dir. pen. cont.*, 4.6.2014, con nota di A. Giliberto, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, www.penalecontemporaneo.it/d/3118-sussiste-la-giurisdizione-italiana-per-il-reato-di-favoreggiamento-dell-immigrazione-irregolare-qua.

27. Art. 2 Direttiva. 2002/90/Ce: «Comportamenti illeciti – 1. Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. 2. Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

28. Nel cd. Pacchetto sicurezza del 2008 (dl n. 92/08, convertito in l. 125/08), vi era stato il tentativo di punire la condotta di *fornitura di un alloggio* ad uno straniero irregolare anche se priva del dolo specifico di ingiusto profitto, ma il testo approvato in via definitiva al nuovo art. 12, co. 5 bis (tuttora vigente), aveva poi mantenuto anche per tale tipologia di condotte speciali di favoreggiamento della permanenza il dolo specifico previsto dalla figura generale di cui all'art. 12, co. 5: sia consentito sul punto il rinvio a L. Masera, *Immigrazione*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.lgs 23 maggio 2008, n. 92 conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Giappichelli, 2008, pp. 21 ss.

29. Cfr. Corte Edu, 10.11.2011, *Mallah c. Francia*, n. 29681/08. Per una ricostruzione critica di tale vicenda e più in generale della storia del *délit de solidarité*, cfr. di recente C. Lazerges, *Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République*, in *Rev. sc. crim.*, 2018, pp. 267 ss.

torale, ma non procede a privare di rilevanza penale le condotte di agevolazione al soggiorno irregolare. Con la riforma, varata con la l. n. 1560 del 31.12.2012, rimane ancora punibile «*toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger en France*» (art. 622-1 Ceseda³⁰), ma viene aggiunta la previsione per cui non può essere punita l'agevolazione del soggiorno irregolare «*lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci*» (art. 622-4 Ceseda).

Anche dopo la riforma socialista, il sistema francese rimane dunque assai più repressivo del nostro. Il legislatore si è timidamente limitato ad individuare delle ipotesi in cui l'agevolazione del soggiorno non è punibile, senza tuttavia spingersi a richiedere sempre ai fini della punibilità uno specifico intento di profitto³¹. Fuori dalle situazioni descritte dalla norma, ove è in gioco la dignità o l'integrità fisica dello straniero, il prestare in qualche modo aiuto ad uno straniero irregolare rimane punibile anche se compiuto senza alcuna finalità lucrativa; ed infatti non sono rari i processi, anche di notevole impatto mediatico, celebrati a carico di attivisti o comuni cittadini che ad esempio hanno prestato alloggio o hanno fornito un passaggio a stranieri irregolarmente soggiornanti nel territorio francese³².

Il 18 maggio 2017, e dunque a pochi giorni dall'inizio della presidenza Macron, la *Commission nationale consultative des droits de l'homme* ha reso noto un parere in cui stigmatizza l'attuale formulazione dell'"esimente di solidarietà"³³, e propone di prevedere in termini molto chiari che l'*aide au séjour* sia

punibile solo se fornito *dans un but lucratif*. Tuttavia, nell'ampio programma di riforma della disciplina in tema di immigrazione approvato in prima lettura dall'Assemblea nazionale il 22 aprile 2018, non è previsto alcun intervento sulla disciplina del *délit de solidarité*³⁴.

A confronto della situazione francese, l'attuale disciplina italiana del favoreggiamento risulta quindi sicuramente meno invasiva degli spazi di liceità della solidarietà ai migranti irregolari. Almeno per quanto riguarda l'agevolazione del soggiorno e non dell'ingresso, nel nostro ordinamento non ci si è mai spinti a considerare reato l'aiuto fornito senza finalità di ingiusto profitto; questione la cui soluzione è, invece, oltralpe ancora controversa anche dopo l'intervento di riforma del 2012.

In ordine invece al favoreggiamento dell'ingresso, è difficile, considerato l'attuale quadro politico, immaginare una riforma che introduca anche per tali ipotesi il dolo specifico di ingiusto profitto. La dicotomia tra favoreggiamento dell'ingresso (punibile sempre) e del soggiorno (punibile solo se commesso a fini lucrativi) trova riscontro anche nel diritto dell'Unione³⁵, e un'eventuale decisione italiana di equiparare sotto tale profilo le due situazioni risulterebbe problematica sotto il profilo della conformità europea della disciplina.

In effetti, una riforma che andasse in tale direzione non potrebbe che far parte di un complessivo ripensamento dell'attuale disciplina degli ingressi, di cui le norme incriminatrici qui allo studio rappresentano un tassello fondamentale. Se si decidesse di non punire più condotte di agevolazione all'ingresso prive di finalità di ingiusto profitto, ciò significherebbe infatti consentire in buona sostanza la creazione anche ad opera dei privati di corridoi umanitari, attraverso i quali fare accedere al nostro territorio soggetti provenienti da Paesi ove non sono rispettati i loro diritti fondamentali.

30. Ceseda: *code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

31. Per un'aspra critica della soluzione legislativa, oltre al lavoro citato sopra, cfr. *ex multis* anche D. Roets, *A quoi sert le fait justificatif spécial d'humanité de l'art. L. 622-4 3 du CESEDA?*, in *AJ Pénal*, 2017, pp. 535 ss, e C. Saas, *Aide au séjour irrégulier: que peut le juge pour redresser les malfaçons législatives?*, in *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1025 ss.

32. Per un'aggiornata analisi di tale casistica, cfr. il lavoro di C. Lazerges del 2018 citato sopra.

33. Parere della *Commission nationale consultative des droits de l'homme (Cncdh)* del 18.5.2017, dal titolo *Mettre fin au délit de solidarité*, p. 5: «*L'art. 622-4 du Ceseda ne constitue pas pour autant une protection suffisamment efficace contre des poursuites visant des actions «humanitaires et désintéressées», notamment parce que la formulation des dispositions de l'article 622-4 du Ceseda est si imprécise qu'elle peut donner lieu à des interprétations jurisprudentielles contradictoires, en fonction de la nature des actes de solidarité incriminés*».

34. Il testo approvato dall'Assemblea nazionale è disponibile al link www.assemblee-nationale.fr/15/ta/tap0112.pdf; un dossier di sintesi è inoltre consultabile su www.interieur.gouv.fr/content/download/109036/867995/file/DP_PJLAsileImmigration-Lecture%20AN%202204218.pdf.

35. Cfr. l'art. 2, Direttiva 2002/90/Ce citato sopra.

Insomma, aggiungere alla fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare il dolo specifico di ingiusto profitto comporterebbe delle conseguenze sistematiche molto significative, tali da mettere in discussione le stesse politiche securitarie che negli ultimi anni hanno portato all'edificazione della "fortress Europe". Dal punto di vista di chi scrive, sarebbe un ripensamento quanto mai auspicabile, anche se oggi ben difficile da immaginare; ma rimane la considerazione che una riforma della fattispecie in esame nel senso di cui sopra non potrebbe comunque essere il frutto di un'iniziativa limitata ai soli profili penali, ma dovrebbe rappresentare un tassello di una più ampia rifondazione dell'intero sistema di gestione degli ingressi, in Italia ed in Europa³⁶.

4. Lo stato di necessità e le drammatica situazione dei campi per migranti in Libia

Se dunque l'attuale fattispecie tipica del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare ricomprende anche le ipotesi di agevolazione non lucrativa dell'arrivo degli stranieri, e se una riforma di tale disciplina pare quanto mai lontana da venire, è come accennato sul terreno dell'antigiuridicità che vanno cercate le ragioni che possono fondare la non punibilità delle condotte di soccorso in mare e di successivo sbarco dei migranti sulle nostre coste.

Nelle situazioni "normali" di soccorso prestato ad imbarcazioni in difficoltà e sotto il coordinamento delle autorità navali italiane, viene pacificamente in considerazione la scriminante dell'*adempimento di un dovere*, posto che l'assistenza dei natanti in condizioni di difficoltà rappresenta un preciso dovere previsto da una pluralità di fonti, nazionali ed internazionali. È bene poi precisare che, al ricorrere di una situazione di pericolo tale da far scattare il dovere di soccorso, nessun rilievo sotto il profilo penalistico può avere il rispetto o meno del Codice di condotta o delle indicazioni fornite dalle autorità competenti; comunque, se il soccorso era doveroso ai sensi del diritto del mare, esso non può essere oggetto di rimprovero in sede penale. Bisogna dunque fare attenzione a non attribuire al Codice di condotta un ruolo improprio, quasi che il suo rispetto sia un requisito necessario perché il trasferimento in Italia dei migranti soccorsi risulti giustificato. La violazione delle disposizioni ivi previste può comportare conseguenze nei rapporti tra l'autorità italiana e l'Org, che può essere esclusa per il

futuro dal coinvolgimento in attività di soccorso, ma in nessun modo può incidere sull'applicazione di una scriminante (l'adempimento del dovere di soccorso in mare) che nulla ha a che vedere con il rispetto degli ordini dell'autorità.

Le vicende giudiziarie delle navi *Iuventa* ed *Open Arms* mostrano come la questione diventi più complessa quando il soccorso, pur motivato da genuine finalità umanitarie, risulti prestato in condizioni che non configurano un imminente pericolo di naufragio, o, come nel caso della nave *Open Arms*, intervenga anche quando erano in grado di provvedere al salvataggio le forze navali di uno Stato costiero (nel caso di specie, la guardia navale libica).

Ipotizziamo allora in termini generali di trovarci a valutare situazioni in cui l'intervento umanitario sia andato al di là dei limiti entro cui si esplica l'obbligo di soccorso in mare, e dunque il fatto non possa ritenersi coperto dalla scriminante di cui all'art. 51 cp. Decisiva in tali ipotesi risulta la possibilità di applicare lo *stato di necessità* (*sub specie* ovviamente di soccorso di necessità). La soluzione del problema, come mostrano le divergenti opinioni dei giudici che si sono sinora espressi sul caso *Open Arms*, dipende da come si intenda il requisito del *pericolo* di un danno grave alla persona, che rappresenta la pre-condizione logica e normativa della scriminante.

Se la valutazione circa la sussistenza di un tale elemento si considera limitata ai soli rischi relativi alla navigazione ed alla possibilità di naufragio, lo stato di necessità arriva ad avere in sostanza lo stesso ambito applicativo dell'adempimento di un dovere: la medesima situazione, che in generale configura il presupposto dell'art. 54 cp (il «pericolo attuale di un danno grave alla persona»), nell'ambito del diritto della navigazione dà luogo ad un più stringente dovere di intervento, che rende doveroso l'intervento solo consentito dalla norma codicistica. Ma la conseguenza è comunque quella di non ritenere applicabile ai soccorritori alcuna causa di giustificazione quando manchi un concreto pericolo di naufragio.

I giudici ragusani mostrano come non sia questo l'unico modo di intendere la nozione di pericolo. Le stesse fonti internazionali che fondano l'obbligo di soccorso prevedono che l'attività di salvataggio debba concludersi in un *porto sicuro*, tale non potendosi intendere un luogo dove il soggetto soccorso sia esposto a gravi rischi per la propria incolumità o per i propri diritti fondamentali. Il pericolo attorno a cui ruota lo stato di necessità non è più allora solo quello cui i migranti erano esposti in mare, ma anche quello cui an-

36. Per una interessante ricognizione della normativa europea in materia di contrasto alle immigrazioni irregolari e per un'analisi delle sue prospettive di riforma, cfr. M. Carta, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema Ue*, in www.federalismi.it, 16.11.2016.

drebbero incontro se si trovassero costretti a tornare da dove sono partiti.

È chiaro che, così inteso l'ambito di delimitazione del pericolo, in una situazione come quella della *Open Arms* sussistono tutti gli ulteriori elementi costitutivi dello stato di necessità *ex art. 54 cp.* Il *pericolo* è *attuale*, nel senso che è attuale, una volta i migranti siano tornati in Libia, il pericolo di torture e violenze; ha sicuramente ad oggetto un *danno grave alla persona*, considerate le terribili condizioni dei campi libici per migranti; non era *evitabile* che attraverso la sottrazione ai libici dei migranti ed il loro trasferimento in un luogo sicuro; la lesione cagionata all'interesse pubblicistico del contrasto all'immigrazione irregolare è sicuramente *proporzionata* rispetto ai diritti fondamentali dei migranti che così si sono andati a tutelare.

A noi pare che la soluzione propugnata dal gip ragusano meriti di essere condivisa, specie in considerazione della peculiare situazione i cui versa oggi la Libia.

Quale sia il vero e proprio inferno in cui sono costretti a vivere i migranti nei campi di detenzione libici, è un dato che oggi può senz'altro ritenersi acquisito. Non solo sono innumerevoli i rapporti delle più prestigiose Agenzie internazionali di tutela dei diritti umani che testimoniano gli orrori che da anni si consumano in questi campi, dove ancora oggi sono rinchiusi decine di migliaia di persone. Di recente, nello scorso aprile, è stata la stessa Procura presso la Corte penale internazionale, nell'acquisire il rapporto del Segretario generale delle Nazioni unite sulla sorte dei migranti in Libia, a comunicare l'avvio di un'indagine preliminare all'apertura di un'inchiesta formale per *crimini contro l'umanità* in relazione ai fatti che si verificano in Libia a carico dei migranti³⁷. Tra i possibili indagati, ha precisato la Procura nel suo comunicato, vi sarebbero non solo i capi delle bande criminali che gestiscono i campi di detenzione, ma anche i responsabili della Guardia costiera libica, che come noto riceve significativo sostegno finanziario ed operativo dal nostro Governo.

A livello interno, nel dicembre 2017 la Corte d'assise di Milano ha condannato all'ergastolo un citta-

dino somalo che gestiva in Libia uno di questi campi dell'orrore, ritenendolo direttamente responsabile di centinaia di casi di violenza sessuale e di tortura, e di diversi casi di omicidio³⁸. Non si possono leggere le motivazioni della sentenza senza rimanere attoniti: le descrizioni di vita all'interno del campo, riferite dalle diciassette persone offese sentite nel procedimento, sono senz'altro paragonabili ai più atroci racconti che la storia del secolo scorso ci ha insegnato a ricordare.

Di fronte all'enormità dell'orrore che si sta consumando in un Paese a noi vicino, non mancano poi le voci di coloro che giungono ad ipotizzare una corresponsabilità in tali crimini delle stesse autorità italiane, che peraltro rivendicano con orgoglio il sostegno prestato a quella stessa Guardia costiera libica, che la Procura presso la Corte penale internazionale indica come possibile indagata per crimini contro l'umanità. In una recente sessione del Tribunale permanente dei popoli dedicata a queste questioni, a Palermo, si sono a lungo esplorate le ragioni che possono fondare una responsabilità giuridica del Governo italiano per concorso nei crimini di cui sono vittime i migranti in Libia³⁹; tesi sostenuta anche in un interessante contributo scientifico, che indaga in modo specifico i profili di diritto penale internazionale⁴⁰.

Il contesto appena descritto non può non essere tenuto in considerazione nel valutare la liceità delle condotte della *Open Arms*. Lasciare i migranti nelle mani della Guardia costiera libica che ne pretendeva la consegna, come avrebbe imposto il rispetto del Codice di condotta predisposto dal Governo italiano, avrebbe significato condannarli, una volta tornati sulla terraferma, ad un futuro pressoché certo di torture e di violenze. Possiamo davvero immaginare che l'unica soluzione che si prospetta al giudice sia la condanna per favoreggiamento dell'ingresso irregolare di chi ha salvato quegli uomini e quelle donne dagli orrori da cui scappavano?

Lo stato di necessità rappresenta il luogo dogmatico di emersione del *senso di umanità* di un ordinamento giuridico. Quando la lesione di un interesse pur meritevole di tutela è determinata dalla necessità di salvare una persona da un pericolo di particolare

37. Il testo del comunicato e notizie sullo stato delle indagini sono agevolmente reperibili sul sito ufficiale della Corte.

38. Corte ass. Milano, 10.10.2017, in *Dir. pen. cont.*, 16.4.2018, con scheda di S. Bernardi, *Una condanna della corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*.

39. Cfr. la sentenza del Tribunale permanente dei popoli relativa alla sessione su «*La violazione dei diritti delle persone migranti e rifugiate*», svoltasi a Palermo, 18-20.12.2017, disponibile in questa *Rivista on line*, 11.4.2018, con scheda di M. Ventrone, *Il Tribunale permanente dei popoli condanna l'Italia e l'Unione europea per concorso in crimini contro l'umanità a causa delle politiche sull'immigrazione*, www.questionegiustizia.it/articolo/il-tribunale-permanente-dei-popoli-condanna-l-ital_11-04-2018.php; per un commento alla sentenza del TPP, cfr. anche V. Pietrobono, *Jus migrandi: da diritto fondamentale a delitto – Note a margine della sentenza 20 dicembre 2017 del Tribunale Permanente dei Popoli*, in *giudicedonna.it*, 2017, n. 4, pp. 1 ss.

40. Cfr. F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4, pp. 5 ss.

gravità, le ragioni della punizione fanno un passo indietro, ed il fatto lesivo, se proporzionato alla gravità del pericolo, non deve considerarsi illecito. Affermare che, quando viene in considerazione l'interesse al controllo delle frontiere, risulti irrilevante ogni pericolo che non sia strettamente connesso al rischio di naufragio, ci pare una conclusione che si pone in radicale contrasto con la logica solidaristica che permea la scriminante nella sua *species* del soccorso di necessità. Sarebbe inutile nascondersi dietro la logica semplicistica del *dura lex, sed lex*: è lo stesso ordinamento positivo a consentire, mediante il ricorso ad una interpretazione non aprioristicamente restrittiva dello stato di necessità, di ritenere legittime condotte che pur integrano gli estremi di un reato (la *dura lex* di cui all'art. 12 Tui), quando esse siano funzionali alla difesa degli interessi fondamentali della persona umana.

Già, quindi, a livello di norme di rango ordinario, senza necessità di invocare parametri sovra-legislativi costituzionali o convenzionali, vi è la possibilità di escludere la rilevanza penale di condotte del tipo di quella della *Open Arms*. Anzi, la strada dell'applicazione dello stato di necessità *ex art. 54 cp* non è neppure l'unica che si prospetta all'interprete.

In dottrina, pervengono al medesimo risultato gli autori che ritengono la condotta delle Ong non anti-giuridica in ragione di una estensione analogica della speciale ipotesi di scriminante, sicuramente più ampia rispetto allo stato di necessità, prevista all'art. 12, co. 2, Tui, secondo cui «fermo restando quanto previsto dall'art. 54 cp, 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»⁴¹. Superando in via analogica l'espresso riferimento della norma alla presenza in Italia degli stranieri soccorsi, si potrebbe estendere la norma anche ai casi in esame, in ragione della medesima istanza solidaristica che connota tali casi e quelli espressamente previsti dalla norma, e che rappresenta la *ratio* della norma speciale⁴².

La giurisprudenza sinora non ha mai aperto spiragli in questa direzione, e a noi pure pare in effetti un po' forzata l'estensione analogica ai casi di soccorso in mare di una disposizione, che nella sua dicotomia tra fatti di favoreggiamento del soggiorno (i soli ai quali si applica secondo il suo tenore letterale) e dell'ingresso, riproduce una distinzione che trova molteplici conferme in sede normativa, tanto interna (il diverso dolo

specifico per le due ipotesi di favoreggiamento del soggiorno o dell'ingresso) che europea (l'art. 2 della Direttiva 2002/90/Ce, che adotta la medesima distinzione). In altri termini, non pare davvero irragionevole, alla luce di uno sguardo sistematico alla disciplina, che la risposta punitiva sia meno rigorosa quando si tratta di condotte di aiuto allo straniero che già risiede illegalmente in Italia, piuttosto che di agevolazione del suo ingresso irregolare nel nostro territorio. Ma se la differenziazione di tali ipotesi deve ritenersi un principio informatore del sistema, diventa poco plausibile una interpretazione per analogia che tale differenziazione ha invece l'effetto precipuo di negare.

Una volta intrapresa la strada qui auspicata di ritenere rilevanti ai fini del riconoscimento dello stato di necessità i pericoli derivanti dal respingimento dei migranti verso la Libia, anche ipotesi come quella della *Iuventa* meritano a nostro avviso di essere ripensate. Vedremo a breve se ed in che termini la Cassazione, nel provvedimento di conferma del sequestro disposto in sede cautelare, abbia affrontato il problema dello stato di necessità. A noi pare che, pur ammettendo come provate le forme di «consegna concordata» ipotizzate dall'accusa, il discorso rispetto allo stato di necessità non cambi di molto. Le Ong hanno pur sempre tenuto le condotte illecite di concorso con i trafficanti nel reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare al fine di sottrarre all'orrore dei campi libici il numero maggiore possibile di soggetti. Se (come a noi pare doveroso) il pericolo da valutare ai sensi dell'art. 54 cp è anche il pericolo cui i migranti sono esposti in Libia, ogni condotta che abbia come effetto quello di sottrarre delle persone a quell'orrore può rientrare nell'ambito di applicabilità della causa di giustificazione.

Certo, così ragionando si agevolano indirettamente anche i trafficanti, che possono servirsi delle Ong per ottenere il loro intento criminoso. Ma se guardiamo alla Libia con gli occhi dei migranti, essa è oggi un'immensa distesa di campi di concentramento dalle condizioni di vita impossibile. Sono giustamente diventati degli eroi coloro che, nella seconda guerra mondiale, hanno concluso accordi con i nazisti per salvare dai *lager* quante più persone di origine ebraica possibile; oggi, in uno Stato democratico, puniamo invece come criminali coloro che fanno quanto possibile per strappare da un orrore non dissimile centinaia di persone, perché per ottenere tale risultato hanno concluso degli accordi con le bande che gestiscono le partenze?

41. Per un'analisi di tale disposizione cfr. per tutti S. Zirulia, *Art. 12 d.lgs n. 286/1998*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, IV ed., 2015, pp. 2735 ss.

42. Per l'applicabilità in via analogica di tale disposizione anche alle ipotesi di soccorso in mare, cfr. in particolare i lavori di S. Perelli e M. Patarnello citati sopra.

Io non voglio credere che il pur legittimo obiettivo di non indebolire l'apparato di controllo dei flussi migratori possa spingere i nostri giudici ad abbracciare una visione così feroce del diritto penale. I percorsi argomentativi per non cedere al disumano non mancano; nei prossimi mesi verificheremo se la nostra magistratura avrà la forza per percorrerli con convinzione, anche in un momento storico in cui il dibattito pubblico in materia di immigrazione, in nome della reazione ad una supposta invasione, ha ormai condotto a tollerare come inevitabile quanto di più orribile si consuma sotto i nostri occhi in Libia.

Conclusioni

Il Codice di condotta predisposto dal Governo italiano nell'estate del 2017 rappresenta il punto conclusivo di un percorso che, nel volgere di pochi anni, ha condotto le politiche (italiane ed europee) in materia di soccorsi in mare all'abbandono di qualsivoglia prospettiva umanitaria, ed all'adozione di un approccio avente come unica, vera finalità la riduzione degli sbarchi di migranti sulle coste italiane. L'obiettivo dichiarato dai nostri massimi rappresentanti governativi è stato (ed è tuttora) quello di potenziare le capacità della Guardia costiera libica, in modo che sia in grado di impedire le partenze e di intercettare le imbarcazioni dirette verso l'Italia.

Dopo la sentenza *Hirsi* la Marina militare italiana non pratica più forme dirette di respingimento; ora è stata adottata la politica dei «respingimenti per procura», per cui le nostre autorità navali supportano quelle libiche nel soccorrere e respingere verso la Libia i migranti intercettati in mare. Il Codice di condotta, come abbiamo visto, richiede alle Ong di «non ostacolare l'attività della Guardia costiera libica», che come testimonia bene proprio il caso *Open Arms* è stabilmente inserita nel sistema di *Search and rescue* coordinato dalle Autorità italiane. Evidentemente, il fatto ben noto che la guardia costiera libica sia implicata nella gestione dei campi di detenzione e tortura ove vengono riportati i migranti, al punto che la Procura presso la Cpi sta avviando un'indagine nei confronti dei suoi vertici per crimini contro l'umanità, non viene considerato da chi ci governa un elemento tale da mettere in discussione la nostra fattiva collaborazione con tali soggetti.

Ci siamo rassegnati al disumano: l'argomento per cui la politica di potenziare le capacità operative dei libici ha ridotto in modo drastico il numero degli arrivi, è in grado di tacitare qualsiasi obiezione in-

rente ai gironi danteschi ove questi soggetti vengono respinti. Ogni discorso che intenda affermare l'insostenibilità etica per una democrazia di collaborare con chi ha responsabilità dirette in violenze e torture terribili, è destinato ad essere travolto come ipocrita ed irenico da considerazioni facilmente condensabili nello slogan per cui «non possiamo accoglierli tutti».

Non è detto che tali politiche non possano in un prossimo futuro essere censurate in sede giudiziaria. Nei primi giorni di maggio, alcuni legali di Asgi e di altre Ong internazionali hanno depositato un ricorso contro l'Italia alla Corte Edu, in relazione ad un episodio di «respingimento per procura» molto simile al caso *Open Arms*, avvenuto il 6 novembre 2017⁴³. In relazione poi ai profili penali, abbiamo visto sopra come non manchino voci che ipotizzano nel finanziamento e nel sostegno delle forze navali libiche gli estremi di una responsabilità concorsuale delle autorità italiane nei crimini da queste compiuti.

Sarà tuttavia a nostro giudizio molto difficile che si pervenga ad una condanna dell'Italia e dei suoi governanti per politiche che a livello di opinione pubblica ricevono un larghissimo sostegno, non solo in Italia ma in tutti i Paesi europei. Può addirittura apparire paradossale parlare di una responsabilità italiana per le politiche di accordo con la Libia, che in sede europea sono ovunque elogiate come idoneo strumento di contenimento degli sbarchi. Il disumano come elemento tollerabile ha fatto da tempo ingresso nel discorso pubblico sull'immigrazione, e la facile ipocrisia per cui non siamo noi italiani ed europei a realizzare direttamente i respingimenti verso l'inferno libico, basta per tacitare le (poche) voci fuori dal coro. In questo contesto, non sarà facile che delle Corti (italiane od europee) abbiano il coraggio di censurare in nome dei diritti dell'uomo una pratica che riscuote un così largo consenso.

Per non rassegnarci a questa deriva dell'etica pubblica, come penalisti almeno possiamo evitare che si vada ancora più in là con la negazione del senso di umanità, arrivando al punto di punire come criminali le Ong che non accettano di lasciare al loro terribile destino i migranti che si mettono in mare. Nulla obbliga la magistratura penale a questo passo: una interpretazione del soccorso di necessità non viziata da apriorismi punitivi può consentire di mandare esenti da pena i soccorritori, senza cedere alla logica disumana secondo cui quello che avviene in Libia non riguarda il giudice penale italiano.

L'Italia e l'Europa stanno scrivendo una brutta pagina della loro storia. Il cinismo con cui viene gestito il fenomeno delle morti in mare e delle torture

43. Maggiori informazioni sul ricorso sono disponibili sul sito di www.asgi.it con notizia pubblicata il 7.5.2018; una dettagliata ricostruzione della vicenda è reperibile in www.forensic-architecture.org/case/sea-watch/.

nei campi libici sarà una macchia indelebile per il continente che rappresenta la patria dei diritti fondamentali. Almeno possiamo evitare che sui libri di

storia debba leggersi l'orribile dettaglio che addirittura venivano puniti coloro i quali aiutavano le vittime a fuggire dall'inferno.