

## IL MERITO

---

### Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

#### La decisione

**Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – criminalizzazione della solidarietà – adempimento di un dovere – scriminante umanitaria – stato di necessità – tipicità – clandestinità**

(art. 12, co. 1, 3 lett. a) e d) e 3-bis d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286)

*Va rilevato come l'elemento caratterizzante la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale sia la clausola di illiceità speciale la quale, da un lato, postula che le condotte penalmente rilevanti devono essere realizzate "in violazione delle disposizioni del presente testo", dall'altro lato prevede la realizzazione di "altri atti idonei a procurare illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato", richiedendo espressamente che la condotta tipica sia posta in essere in violazione della disciplina italiana in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri. Quindi, la clausola di illiceità speciale, richiedendo la violazione delle disposizioni nazionali in materia di immigrazione, delinea il confine tra attività neutra, non penalmente rilevante, e una attività delittuosa.*

*[omissis]*

*In tema di immigrazione clandestina, il delitto di cui all'art. 12 comma 3 D.L.vo 286/1998 è integrato non solo dalle condotte specificamente finalizzate a consentire l'arrivo in Italia degli stranieri in posizione irregolare, ma anche da quelle, immediatamente successive, intese a garantire il buon esito dell'operazione, la sottrazione ai controlli della polizia e l'avvio dei clandestini verso la località di destinazione, nonché, in genere, da tutte quelle attività di fiancheggiamento e di cooperazione collegabili all'ingresso degli stranieri. [omissis]*

*In tale quadro, l'esame analitico del complesso materiale probatorio raccolto consente in termini del tutto ragionevoli di escludere - al di là degli episodi la cui verifica risulta smentita in fatto - la sussistenza, nei vari eventi contestati, del presupposto oggettivo della direzione delle condotte a procurare l'ingresso illegale dei migranti in Italia. Sul piano oggettivo e materiale la direzione delle condotte non risulta affatto correlata all'ingresso illegale in Italia dei migranti, ma va inquadrata nello specifico contesto delle operazioni di soccorso. [omissis]*

*[omissis]*

*Al contempo, va sottolineato che le operazioni di soccorso e di trasporto dei migranti sono state sempre disposte dall'I.M.R.C.C. e sono state svolte sotto la direzione e il costante coordinamento dell'I.M.R.C.C. [omissis]*

*Nel contesto delle operazioni di soccorso, in relazione agli eventi contestati nel presente procedimento penale difetta il presupposto oggettivo della direzione*

*delle condotte a procurare l'ingresso illegale dei migranti in Italia, posto che i comportamenti tenuti dai vari protagonisti delle vicende non erano affatto correlati all'ingresso illegale in Italia dei migranti, ma nelle specifiche situazioni presentatesi erano orientati dalle attività di ricerca e soccorso e dall'esigenza di salvare i migranti. Sotto tale profilo, quindi, emerge l'insussistenza, sul piano oggettivo e materiale, delle condotte contestate che non possono essere ricondotte nello schema tipico delle fattispecie di reato.*

TRIBUNALE DI TRAPANI, Ufficio G.i.p., 19 aprile 2024, n. 126 – CORSO, *Giudice*

**Attività assistenziale delle O.N.G. e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: riflessioni sulla tipicità delle condotte prestate dagli operatori del soccorso in mare nell'ambito delle attività di *search and rescue***

Il G.u.p. del Tribunale di Trapani torna nuovamente sulla questione della penale rilevanza delle condotte di soccorso e assistenza umanitaria prestate in favore di migranti e richiedenti asilo.

Seppur l'impianto motivazionale della sentenza finisca per riproporre soluzioni assolutorie ormai consolidate in giurisprudenza, essa appare, tuttavia, meritevole di considerazione nella parte in cui sembra evocare la tesi, avallata da taluna dottrina, secondo cui sarebbe lo stesso sindacato sulla tipicità delle condotte di dubbia compatibilità con le norme del T.U. Immigrazione a escludere l'illiceità delle condotte assistenziali quando esse si caratterizzano, successivamente al recupero in mare dei migranti, per la ricerca di un dialogo con le Autorità competenti a gestire la fase di sbarco.

In questo senso, l'elemento della *clandestinità*, da intendersi come volontà di sottrarre i migranti ai controlli richiesti per l'ingresso legittimo nel territorio dello Stato, costituirebbe un tratto connaturato alla fattispecie dello *smuggling* come concepita nell'ordinamento italiano, ponendosi quest'ultima a tutela dell'interesse statale al controllo dei flussi in entrata e in uscita dal proprio territorio, nell'ottica di impedire allo straniero di eluderli o di sottrarsi fraudolentemente.

*NGOs activities and facilitation of illegal immigration: reflections on the typical nature of the conduct performed by the sea rescue operators in the context of search and rescue activities.*

*The Criminal Court of Trapani states once again on the criminal relevance, with respect to the Article 12 of the Italian Immigration Act, of the conducts of aid and assistance in favour of migrants and asylum seekers rendered by the NGOs members.*

*Although the reasoning of the judgement is mostly based on solutions actually consolidated within the Italian case law, this ruling is nevertheless worthy of consideration in the part in which it seems to evoke the recent doctrinal thesis according to which the illegality of the aid conducts rendered by the rescuers has to be excluded whenever they are aimed at seeking a dialogue with the competent State Authorities in order to manage the disembarkation of the migrants rescued at the sea.*

*In this sense, the element of "clandestinity", which refers to the will to remove migrants to the administrative controls required for a legal entry, would constitute a feature of the fact of smuggling as conceived*

*in the Italian legal system, whose scope is to protect the State interest in controlling the flows in and out of its territory.*

**SOMMARIO:** 1. Il fatto. – 2. Le consegne concordate dei migranti: fisionomia e problematiche in relazione alla possibilità di ipotizzare un contributo concorsuale delle O.N.G. – 3. I percorsi argomentativi consolidati in giurisprudenza per escludere la penale responsabilità dei soccorritori: dall'adempimento del dovere di soccorso in mare al soccorso di necessità. – 4. Riflessioni sulla tipicità delle condotte di cui all'art. 12, co. 1 e 3 T.U. Immigrazione. – 5. Conclusioni.

1. *Il fatto.* Con la sentenza in commento, il G.u.p. del Tribunale di Trapani ha escluso la penale responsabilità di alcuni membri dell'equipaggio di tre O.N.G. accusati del delitto di cui all'art. 12, co. 3 lett. a) e d) e co. 3-bis T.U. Immigrazione.

I fatti, risalenti al 2017, attenevano a presunti accordi tra gli imputati e alcuni trafficanti libici in forza dei quali i primi, anziché limitarsi a prestare soccorso, avrebbero concordato con gli scafisti la “consegna” degli stessi migranti, per poi procedere alla restituzione delle imbarcazioni usate affinché potessero essere reimpiegate in successivi trasporti.

L'organo giudicante, ravvisando la carenza del «presupposto oggettivo della direzione delle condotte a procurare l'ingresso illegale dei migranti in Italia<sup>1</sup>», ha tuttavia escluso che le operazioni di soccorso poste in essere dagli imputati fossero finalizzate ad eludere la normativa italiana sugli ingressi regolari, posto che le stesse erano state condotte «sotto la direzione e il costante coordinamento dell'I.M.R.C.C.<sup>2</sup>».

A primo impatto, una simile motivazione appare senz'altro di rilievo, in quanto sembra recepire quell'orientamento dottrinale<sup>3</sup> che, muovendo da un sindacato sulla tipicità delle condotte incriminate dall'art. 12 T.U. Immigrazione, giunge a ritenere l'elemento della *clandestinità* un tratto connaturato alla fattispecie criminosa dello *smuggling*, come concepita nell'ordinamento italiano.

Tuttavia, nel prosieguo della parte motiva della sentenza, il giudice trapanese, anziché approfondire la soluzione inizialmente proposta, finisce piuttosto per

<sup>1</sup> Trib. Trapani, in nota, 34.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>3</sup> SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1903; BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 138; MAS-SARO, *L'immigrazione regolare via mare e la triade soggettiva “soccorritori-trafficienti-migranti”*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 aprile 2019; PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 aprile 2018.

riproporre, in subordine ad essa, percorsi argomentativi già solcati dalla giurisprudenza. Così, dopo aver rilevato l'assenza, nelle condotte contestate agli imputati, dei requisiti di tipicità previsti dal legislatore all'art. 12 T.U. Immigrazione, l'organo giudicante conclude che si sarebbe, comunque, potuti pervenire al medesimo esito assolutorio facendo leva tanto sulla «mancata dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico delle fattispecie contestate<sup>4</sup>», quanto sull'eventuale operatività della scriminante umanitaria (art. 12, co. 2 T.U. Immigrazione), dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.) ovvero dello stato di necessità (art. 54 c.p.).

*2. Le consegne concordate dei migranti: fisionomia e problematiche in relazione alla possibilità di ipotizzare un contributo concorsuale delle O.N.G.* La vicenda in commento è senz'altro peculiare in quanto rappresenta un tentativo – ad oggi, l'unico in Italia – di criminalizzare l'operato delle O.N.G. ipotizzando l'esistenza di presunti accordi tra il relativo personale e i trafficanti di esseri umani.

Sono senz'altro note le argomentazioni provenienti dall'opinione pubblica<sup>5</sup>, ma opportunamente smentite dalla dottrina<sup>6</sup>, volte a considerare le O.N.G. e, più in generale, quanti operano a qualsiasi titolo nel Mediterraneo, alla stregua di veri e propri *pull factors* idonei a incentivare, con la loro mera presenza nelle acque antistanti le coste africane, l'arrivo in Europa di imbarcazioni cariche di migranti provenienti dal nord-Africa.

Tuttavia, rispetto a tali ipotesi, il fenomeno delle c.d. consegne concordate è senz'altro peculiare, posto che in tal caso i soccorritori, pur non affiliati alle organizzazioni criminali in cui operano i trafficanti e pur agendo mossi dalla volontà di evitare il naufragio delle imbarcazioni e dei relativi passeggeri, procedono, di fatto, ad accordarsi con gli scafisti e a ricevere in consegna i migranti direttamente da questi.

Difettando in questo caso la scoperta di una situazione di pericolo in mare, essendo essa evidentemente incompatibile con l'esistenza di un simile accordo,

---

<sup>4</sup> Trib. Trapani, in nota, 486.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 1865; ZIRULLA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2023, 97. La c.d. teoria del *pull factor* compare per la prima volta in FRONTEX, *Risk analysis for 2017*, in [www.frontex.europa.eu](http://www.frontex.europa.eu), 15 febbraio 2017, 32.

<sup>6</sup> Cfr. per tutti ZIRULLA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 255

le operazioni di c.d. consegna concordata non possono, almeno a prima vista, essere considerate quali legittime attività di soccorso<sup>7</sup>.

Ciononostante, anche rispetto a tale fenomeno, parte della dottrina propone una distinzione, a seconda del momento in cui intercorre la presunta collusione, ovvero in base al tipo di contributo – morale o materiale – offerto dai soccorritori agli scafisti.

In questo senso, parrebbe arduo escludere la penale responsabilità dei soccorritori laddove risulti provato l'accordo tra questi e i trafficanti ed emerga altresì che lo stesso sia intervenuto in una fase antecedente all'intrapresa del viaggio<sup>8</sup>. Dinanzi a tale scenario, la dottrina ha, infatti, astrattamente ammesso la possibilità di ritenere i soccorritori alla stregua di autori del delitto di cui all'art. 12 T.U. Immigrazione, potendosi rintracciare a loro carico tanto gli elementi oggettivi (consistenti nella condotta di trasporto dei migranti nel territorio italiano), quanto gli elementi soggettivi (comprensivi della consapevolezza della illiceità della condotta) della fattispecie dello *smuggling*<sup>9</sup>. Diversamente, nell'ipotesi in cui un simile patto venisse concluso qualora i migranti si trovassero ormai in alto mare, la dottrina ragionevolmente ritiene di poter ammettere, in presenza di tutti i requisiti richiesti dalla norma, l'operatività dell'art. 54, co. 3 c.p., presupponendo che i soccorritori siano scesi a patti con i trafficanti perché indotti dalla necessità di neutralizzare un imminente pericolo quantomeno minacciato da questi ultimi, i quali, nel richiedere la presa in carico ai soccorritori, implicitamente prospetterebbero, quale alternativa ad un eventuale diniego, l'abbandono in mare dei migranti trasportati<sup>10</sup>.

*3. I percorsi argomentativi consolidati in giurisprudenza per escludere la penale responsabilità dei soccorritori: dall'adempimento del dovere di soccorso in mare al soccorso di necessità.* Al di fuori dei casi di c.d. consegne concordate,

<sup>7</sup> BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., 141.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.* Propone una lettura diversa Trib. Trapani, decreto di sequestro preventivo, 2 agosto 2017, 137 ss., in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 18 settembre 2017 il quale, nel disporre il sequestro della motonave *Iuventa*, ha statuito che, in presenza di simili accordi, i soccorritori sarebbero piuttosto da considerarsi quali concorrenti – morali o materiali, a seconda del contributo fornito – nel reato commesso dai trafficanti libici. Sulla difficoltà di provare il momento dell'intervenuto accordo si veda BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., 143.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 142.

la giurisprudenza, nell'ottica di scriminare le condotte assistenziali dei soccorritori, ha sinora invocato le fattispecie di cui all'art. 51 c.p., *sub specie* di adempimento del dovere di soccorso in mare, e del soccorso di necessità, ex art. 54, co. 3 c.p.

Riprendendo una simile impostazione, il G.u.p. trapanese, dopo aver escluso nel caso di specie l'esistenza di qualsivoglia accordo tra l'equipaggio delle O.N.G. e gli scafisti<sup>11</sup>, in chiusura alla parte motiva della sentenza scrive che, anche qualora le condotte in commento avessero integrato i requisiti richiesti dall'art. 12 T.U. Immigrazione, «si sarebbe, comunque, dovuta prendere in considerazione la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere di soccorso in mare [...], tenuto conto dell'obbligo di soccorso – imposto dalle fonti internazionali, consuetudinarie e pattizie, e dalle norme di diritto interno – nei confronti dei migranti in evidente situazione di pericolo<sup>12</sup>».

Da tempo, tuttavia, la dottrina guarda in maniera critica alla possibilità di invocare tale scriminante rispetto alle condotte di ingresso e di sbarco nel territorio italiano<sup>13</sup>.

Quanto alla condotta *stricto sensu* di salvataggio, non vi è dubbio che le norme di diritto internazionale sul soccorso in mare siano chiare nello statuire che la presenza dei migranti a bordo delle imbarcazioni soccorritrici debba essere considerata meramente provvisoria, dovendosi risolvere quanto prima con il loro sbarco nella terraferma<sup>14</sup>.

Tuttavia, per ciò che concerne il successivo ingresso nel territorio italiano, non esistono analoghe regole di diritto internazionale pattizio che consentano di individuare, in maniera altrettanto chiara e vincolante, il preciso *place of safety* (*p.o.s.*) di destinazione, ovvero lo Stato effettivamente obbligato ad

<sup>11</sup> Trib. Trapani, in nota, 222, 239, 285, 364.

<sup>12</sup> Trib. Trapani, in nota, 487.

<sup>13</sup> Si veda, a tal proposito,

<sup>14</sup> Allegato alla Convenzione SAR, capp. 1.3.2 e 3.1.9.

Questa prospettiva si rinviene anche in strumenti di *soft law*. A tal proposito si rinvia a Organizzazione marittima internazionale (I.M.O.), *Resolution MSC.16 (78). Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, in [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 20 maggio 2004, par. 6.8 e 6.13.

Sul rilievo per cui simili indicazioni non implicherebbero, tuttavia, alcun obbligo specifico di ricevere le persone sul proprio territorio, né il diritto di imporre ad un altro Stato di accoglierle nei propri porti si veda PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di "search and rescue": problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 2, 507 ss.; CARTA, *Tutela dei diritti umani e obblighi di soccorso in mare: qualche considerazione sul ruolo del comandante della nave*, in [www.rivistaidu.net](http://www.rivistaidu.net), 1183, 15 dicembre 2021.

acconsentire allo sbarco delle persone soccorse in uno dei propri porti, fondandosi il complesso degli obblighi *s.a.r.* sul dovere di cooperazione statale in vista dell'individuazione di un effettivo luogo sicuro di sbarco<sup>15</sup>.

Nemmeno può ipotizzarsi che le norme di diritto internazionale consuetudinario e pattizio che impongono ai comandanti di soccorrere quanti rischiano di perdere la vita in mare possano estendersi automaticamente fino a coprire anche la fase di ingresso e di sbarco nel porto di un determinato Stato. A tal proposito, si è correttamente sottolineato che la scriminante di cui all'art. 51 c.p. opera esclusivamente nel caso in cui il dovere adempiuto abbia ad oggetto proprio la *specifica* condotta che si tratta di scriminare e che costituisce, al contempo, oggetto di incriminazione, non essendo sufficiente che la qualifica di doverosità copra una condotta prodromica a quella tipica<sup>16</sup>.

Per tali motivi, la più recente dottrina, pur non negando *tout court* l'operatività della scriminante di cui all'art. 51 c.p. nei casi in esame, ne ha tuttavia subordinato l'applicazione ad un rigoroso esame delle circostanze del caso concreto, le quali, evidenziando le peculiari condizioni in cui il comandante e le autorità nazionali si sono trovati ad operare, devono dar conto di come lo sbarco nel porto specificamente individuato si imponesse, anche all'esito di valutazioni tecnico-professionali, come effettivamente doveroso<sup>17</sup>.

Analogamente rispetto alla diversa fattispecie del soccorso di necessità, pure invocata dal giudice trapanese con riferimento non solo al pericolo di naufragio ma, altresì, alle condizioni inumane cui i migranti sarebbero andati incontro qualora fossero stati ricondotti nel Paese d'origine<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 295.

<sup>16</sup> SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1895.

<sup>17</sup> Si veda ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 295.

Si è poi tentato, anche in Trib. Trapani, in nota, 486, di scriminare l'ingresso nel territorio italiano invocando la causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, anch'essa disciplinata dall'art. 51 c.p., proprio del comandante ovvero degli stessi migranti soccorsi. Una simile prospettiva non convince, tuttavia, la dottrina. A tal proposito, ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 300 ss.; SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1896, rilevano come, seppur sia indubbio il diritto dei naufraghi in situazione di *distress* ad essere tratti in salvo, come pure quello del comandante ad essere sollevato al più presto dalla precarietà della situazione successiva al salvataggio venutasi a creare a bordo della nave, tuttavia il contenuto di simili diritti non è che lo sbarco avvenga in uno specifico luogo, ma che, ancora una volta, gli Stati si coordinino affinché lo stesso si realizzi nel più breve tempo possibile.

<sup>18</sup> Trib. Trapani, in nota, 487.

Tuttavia, come chiarito dalla dottrina, seppur nella prassi la fattispecie del c.d. soccorso di necessità si sia mostrata sicuramente più efficace, a fini scriminanti, rispetto alla c.d. scriminante umanitaria, ex art. 12, co. 2 T.U. Immigrazione<sup>19</sup>, la sua operatività richiede comunque un vaglio ben più approfondito della mera constatazione circa la sussistenza di un pericolo attuale e non altrimenti evitabile di un danno grave alla persona, a cui vorrebbe porre rimedio lo sbarco in suolo italiano.

Nella valutazione, in un'ottica prettamente penalistica, della liceità della condotta di sbarco assumerebbero, infatti, rilievo anche quelle circostanze – quali, ad esempio, il profilo (sostanziale) della maggiore o minore vicinanza di un determinato porto al luogo in cui è stato effettuato il soccorso – del tutto irrilevanti in una diversa prospettiva internazionalista.

L'attributo dell'*inevitabilità* del pericolo rilevante ex art. 54 c.p. è, invero, una questione eminentemente fattuale, che non può farsi dipendere dalle incertezze giuridiche e politiche che ancora governano la disciplina *s.a.r.*

Ciò porta, di conseguenza, ad affermare la rilevanza anche di un'eventuale disponibilità ad accogliere i migranti soccorsi da parte di altri Stati di possibile destinazione, magari più vicini al luogo in cui è stato prestato il soccorso<sup>20</sup>. Ove questa vi sia, e sempre che lo Stato dichiarante possa qualificarsi come *place of safety*, lo sbarco in suolo italiano cesserebbe automaticamente di essere l'unica alternativa esistente. Nel caso, invece, di un reciproco diniego di responsabilità, la questione verrebbe chiaramente a riproporsi e, allora, l'unico rimedio ad un

---

<sup>19</sup> Come noto, la fattispecie di cui all'art. 12, co. 2 T.U. Immigrazione consente di liceizzare unicamente quelle attività di soccorso e assistenza umanitaria in mare prestate *in Italia* in favore di stranieri versanti in condizioni di bisogno. Sulla possibilità di applicare analogicamente la norma in parola anche a condotte poste in essere in acque internazionali si è discusso. In senso favorevole si vedano le argomentazioni fornite da CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 123 e, più di recente, FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 25 giugno 2018, 14.

Di tale avviso non è, tuttavia, la dottrina maggioritaria, la quale, pur riconoscendo che tale scriminante abbia un campo di applicazione per molti aspetti più ampio di quello dello stato di necessità, ritiene tuttavia che un'interpretazione analogica tradirebbe la positiva volontà del legislatore, essendo il dettato normativo chiaro nel giustificare solo le prestazioni assistenziali effettivamente realizzate nel territorio italiano. In tale ultimo senso basti ricordare BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., 143; TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autorità mediata" in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 595 ss.

<sup>20</sup> SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1900.



simile stallo sarebbe quello di rimettere al comandante la scelta del luogo in cui far avvenire lo sbarco<sup>21</sup>.

4. *Riflessioni sulla tipicità delle condotte di cui all'art. 12, co. 1 e 3 T.U. Immigrazione.* Al di là dei rilievi effettuati nel paragrafo precedente, deve comunque osservarsi come le fattispecie di cui agli artt. 51 e 54 c.p. spieghino i loro effetti liceizzanti unicamente rispetto ad una condotta *tipica* penalmente rilevante. In altre parole, il giudizio di liceità sotteso alle disposizioni in discorso può trovare spazio solo laddove, nel caso concreto, sussistano tutti gli estremi di due norme antinomiche, l'una incriminante il fatto penalmente rilevante e l'altra che ne facoltizza, ovvero ne impone, la realizzazione.

Rispetto al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, è noto come l'art. 12 T.U. Immigrazione sia stato, nel corso degli anni, oggetto di modifiche volte, almeno nelle intenzioni del legislatore, a rendere la norma maggiormente aderente ai canoni di determinatezza e tassatività.

Si ricordi, a tal proposito, l'intervento ad opera della L. 30 luglio 2002, n. 189 («Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo», c.d. «legge Bossi-Fini»), la quale, riformulando il disposto già in vigore con la precedente L. 6 marzo 1998, n. 40 («Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», c.d. «legge Turco-Napolitano»), ha attribuito rilevanza penale non più alle «attività dirette a favorire» l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, bensì agli «atti diretti a procurare» il medesimo fine<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Nemmeno l'ipotetica esistenza di un diverso luogo astrattamente eleggibile come porto sicuro escluderebbe di per sé solo l'inevitabilità altrimenti del pericolo, qualora una simile soluzione apparisse concretamente impraticabile. Aderendo all'impostazione di autorevole dottrina sul punto, la disponibilità di alternative che rendano evitabile il fatto necessitato deve, infatti, essere valutata in concreto. Si veda in proposito DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 230; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione*, Milano, 2000, 595; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 339.

In questo caso, anche se la scelta *ex post* si rivelasse erronea, sarebbe comunque coperta dal combinato disposto tra l'art. 54, co. 1 c.p. e l'art. 59, co. 4 c.p., ai sensi del quale sono sempre valutate a favore dell'agente le circostanze di esclusione della pena che egli per errore ritiene sussistenti, pur non essendo esclusa la punibilità a titolo di colpa quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo. Per ciò che concerne la fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ex art 12 T.U. Immigrazione, dovrebbe proprio escludersi la configurabilità del reato, non essendo prevista la punibilità a titolo di colpa. In tal senso si veda SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit. 1901.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sulla *ratio* e gli obiettivi di un simile intervento legislativo, nonché sugli interventi normativi europei che ne hanno determinato la genesi, si rinvia a TURSI, *Lavoro e Immigrazione: Commento alle norme della legge n. 189 del 2002 (di modifica al d.lgs. n. 286 del 1998), relative alla*

Tuttavia, nonostante l'iniziale spirito della riforma<sup>23</sup>, l'area del penalmente rilevante delineata dall'art. 12 T.U. Immigrazione è rimasta comunque ampia, ricomprendendo essa letteralmente qualsiasi condotta, anche preparatoria, indistintamente animata da scopi altruistici ovvero di lucro, che abbia avuto, secondo una valutazione *ex ante*, una «efficacia eziologica e finalistica in relazione a quello specifico fine<sup>24</sup>».

I tangibili effetti di sovra-criminalizzazione che una simile formulazione testuale è suscettibile di determinare sono stati chiaramente percepiti a partire dall'avvento, in Italia e in Europa, della stagione della c.d. "criminalizzazione della solidarietà"<sup>25</sup>.

Ciò ha, di conseguenza, spinto la dottrina e la giurisprudenza più recenti a ricercare soluzioni interpretative, più o meno aderenti al dato testuale, volte a ricondurre entro i parametri della determinatezza e tassatività la fattispecie di cui all'art. 12 T.U. Immigrazione.

Secondo un primo orientamento<sup>26</sup>, consacratosi a livello giurisprudenziale in un'ordinanza di rinvio pregiudiziale, *ex art.* 267 T.F.U.E., adottata dal

---

*disciplina dell'immigrazione per lavoro, e del d.l. 195 del 2002, convertito, con modificazioni, nella legge n. 222 del 2002*, in *Commentari di diritto del lavoro*, Torino, 2005, 3-22, 189-207, 209-210; MANCINO, *Il contratto di soggiorno per il lavoro subordinato*, in *Il nuovo diritto dell'immigrazione: profili sostanziali e procedurali. Legge 30 luglio 2002, n. 189, d.l. 9 settembre 2002, n. 195*, a cura di Baima Bollone, Milano 2003, 38-101; SANTINI, *Gli strumenti di intervento per l'attuazione delle "Politiche migratorie"*, in *Il nuovo diritto dell'immigrazione: profili sostanziali e procedurali*, cit., 23-45; MINETTI, *The Facilitator's Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journ. Eu. Crim. Law*, 2020, 11, 3, 335 ss.

<sup>23</sup> La rilevanza dell'intervento legislativo è stata più volte puntualizzata dalla giurisprudenza. Così Cass., sez. I, 23 ottobre 2003, n. 40307, in *Riv. pen.*, 2004, 189 per cui «appare evidente dalla nuova formulazione della norma [...] che la repressione penale è ora calibrata non già sulla condotta del "clandestino", ma su quella del mercante di clandestini. [...] Il "procurare" conferisce maggiore tassatività e determinatezza alla fattispecie, nel senso che restringe l'ambito di operatività della norma alle sole condotte pregne del disvalore etico-giuridico. Mentre la condotta del "favorire" è infatti estremamente vaga e indifferenziata, irriducibile in termini circoscritti, e può consistere in qualsivoglia apporto di mera agevolazione ovvero in un modesto aiuto in forma e tipologia indefinita, la condotta del "procurare" implica un apporto connotato di maggiore precisione, causalmente ed efficiente a determinare in via diretta il risultato finale».

<sup>24</sup> SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Torino, 2011, 262 ss.; BAIMA BOLLONE, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in *Il nuovo diritto dell'immigrazione: profili sostanziali e procedurali. Legge 30 luglio 2002, n. 189, d.l. 9 settembre 2002, n. 195*, a cura di Baima Bollone, cit., 215 ss.

<sup>25</sup> Per un approfondimento, anche bibliografico, sul punto si rinvia a ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 167 ss.,

<sup>26</sup> VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti della discrezionalità del legislatore*,

Tribunale di Bologna lo scorso luglio 2023 (c.d. caso *Kinsa*)<sup>27</sup>, sarebbe lo stesso principio di proporzionalità, di cui all'art. 52 C.D.F.U.E., a imporre un'interpretazione maggiormente restrittiva della fattispecie di cui all'art. 12 T.U. Immigrazione. In questo senso, qualora si tratti di valutare l'opportunità di reprimere i casi di favoreggiamento "altruistico" o "individuale", oltre all'interesse dello Stato a regolare i flussi in entrata e in uscita dai propri territori, verrebbe altresì in rilievo l'opportunità di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dello straniero, come il diritto all'asilo e all'unità familiare, la cui tutela sarebbe pregiudicata da normative che inibissero lo svolgimento di attività *latu sensu* assistenziali<sup>28</sup>.

Diversamente, altra dottrina<sup>29</sup> ha escluso la sussistenza del reato in parola sul terreno della tipicità, facendo leva sulla duplice clausola di illiceità speciale della «violazione delle disposizioni del Testo Unico» e del carattere «illegale» dell'ingresso presente nella formulazione letterale dell'art. 12 T.U. Immigrazione.

L'orientamento da ultimo citato è stato, invero, oggetto di due diverse elaborazioni.

Secondo una prima impostazione, richiamata dallo stesso giudice trapanese, pur non figurando espressamente la *clandestinità* tra gli elementi costitutivi della fattispecie di *smuggling*, essa sembrerebbe, comunque, costituire un tratto connaturato al tipo criminoso in discorso, posto che lo stesso si pone a tutela dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi in entrata e in uscita dal proprio territorio, nell'ottica di impedire allo straniero di eluderli o di sottrarvisi fraudolentemente<sup>30</sup>.

---

in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, 19-21; PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 51, 3, 1027 ss.; RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 121 ss.

<sup>27</sup> Trib. Bologna, sez. I, 17 luglio 2023, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'unione europea ex art. 267 T.F.U.E., in *Arch. pen. web*, 13 ottobre 2023.

<sup>28</sup> ZIRULIA, *Giornata mondiale del rifugiato: l'occasione per avviare un dibattito sulla depenalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare per ragioni umanitarie*, in *www.sistemapenale.it*, 2024, 6, part. 5.1. e ss.

<sup>29</sup> SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1902 ss.; BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., 138 ss.; DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2018, 12, 2, 452.

<sup>30</sup> SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1902 ss.

In questo senso, si osserva che quando lo sbarco in Italia è preceduto dalla «costante ricerca di un dialogo con le autorità», nel senso che la nave soccorritrice «tiene informati i Mrcc competenti, richiede loro indicazioni, interagisce con essi», l'operazione, ben lungi dal voler sottrarre gli stranieri ai controlli di frontiera, sembrerebbe piuttosto finalizzata ad affidare gli stessi allo Stato, affinché questo si faccia carico delle procedure di prima accoglienza e identificazione.

In tal modo, si è osservato che la clausola di illiceità speciale di cui all'art. 12 T.U. Immigrazione non solo consentirebbe di circoscrivere opportunamente il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice al solo «interesse dello Stato (ma anche della comunità europea e internazionale) a mantenere il controllo sulla gestione dei flussi migratori»<sup>31</sup>, ma si rifletterebbe, altresì, sul momento rappresentativo della volontà dolosa<sup>32</sup>.

Invero, stando ad «una coerente applicazione dei principi comunemente seguiti in tema di dolo»<sup>33</sup>, se, per una corretta configurazione della volontà dolosa, «occorre che l'agente conosca tutti quegli aspetti [...] della situazione complessiva, in presenza dei quali il suo comportamento è valutabile come (penalmente) anti-giuridico»<sup>34</sup>, dovendo il dolo «abbracciare ciò che condiziona quel disvalore»<sup>35</sup>, esso deve di conseguenza «riferirsi anche (o soprattutto) a questa qualificazione»<sup>36</sup> di illiceità, incarnata, nei casi di nostro interesse, dal carattere «illegale» dell'ingresso in Italia dei migranti<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, 113 ss.

<sup>32</sup> BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, cit., 144;

<sup>33</sup> PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 122.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Peraltro, Trib. Trapani, in nota, 486 fa inizialmente leva sulla mancanza della «dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico delle fattispecie contestate, sotto il profilo della coscienza e volontà di favorire l'ingresso nel territorio dello Stato di migranti privi di idoneo titolo, nella disciplina in materia di immigrazione e dei flussi migratori». Tuttavia, anche una simile considerazione, seppur corretta nel suo contenuto, una volta accertata l'insussistenza dei presupposti della condotta richiesta per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 12 T.U. Immigrazione, risulta superflua, in quanto sposta l'attenzione ad un momento successivo coincidente, appunto, con la valutazione della sussistenza o meno dell'elemento soggettivo che deve sorreggere la condotta anti-giuridica posta in essere dall'agente e richiesta per l'integrazione della fattispecie incriminatrice.

Per converso, taluni ritengono che una simile impostazione potrebbe risultare inapplicabile qualora la cooperazione tra soccorritori e autorità statali non dovesse instaurarsi proficuamente, ovvero nel caso in cui il comandante decidesse in autonomia di portare a termine l'operazione di soccorso in suolo italiano<sup>38</sup>.

A tal proposito, al fine escludere anche in queste ipotesi la tipicità della condotta tenuta dal comandante, viene invocata la disciplina sui soccorsi in mare sancita dalle Convenzioni S.A.R.<sup>39</sup> e S.O.L.A.S.<sup>40</sup> e dalle Linee Guida I.M.O.<sup>41</sup>, secondo cui gli obblighi di soccorso e di trasferimento in un porto sicuro (c.d. *S.A.R.-issues*) prescindono dallo *status* giuridico delle persone trattate in salvo, la cui determinazione dovrebbe avvenire solo una volta che l'operazione di sbarco si sia conclusa in un *place of safety*<sup>42</sup>. In questo senso, si ritiene che, fino al termine del salvataggio, le persone soccorse sarebbero da qualificarsi come “naufraghi”, anziché come cittadini stranieri privi dei titoli richiesti dal Testo Unico per l'ingresso legale in Italia.

5. *Conclusioni.* È da tempo discussa l'adeguatezza dell'attuale quadro normativo, europeo e interno, di contrasto alle immigrazioni irregolari ad assicurare il rispetto delle garanzie tipicamente sottese alla *matière pénale*, come pure l'opportunità di ancorare il sindacato sulla responsabilità penale di quanti prestano soccorso e assistenza umanitaria nel Mediterraneo entro i parametri di ragionevolezza e tassatività<sup>43</sup>.

In questo senso, la sentenza in commento, seppur non lineare nell'impianto argomentativo adottato, suggerisce una prospettiva di analisi delle condotte di assistenza umanitaria in mare che, rispetto alle soluzioni che propongono il

<sup>38</sup> PITTEA-ZIRULIA, “*Friends not foes*”: qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta”, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 26 luglio 2019.

<sup>39</sup> All. 1, par. 2.1.10 Convenzione S.A.R.

<sup>40</sup> Cap. V, reg. 33, par. 1 Convenzione S.O.L.A.S.,

<sup>41</sup> THE MARITIME SAFETY COMMITTEE, *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, in [www.imo.org](http://www.imo.org), 20 maggio 2004, para. 6.12 ss.

<sup>42</sup> Così anche Trib. Trapani, in nota, 33.

<sup>43</sup> Sulla dialettica tra principio di tipicità e prevenzione generale, seppur in prospettiva generale e in ambiti diversi da quello oggetto del presente contributo, si rinvia a DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1577 ss.

ricorso alle cause di giustificazione, appare più aderente alla *ratio* sottesa alle disposizioni del T.U. Immigrazione.

La proposta di escludere la responsabilità dei soccorritori sul piano della tipicità non è stata, tuttavia, da taluni ritenuta concretamente risolutiva rispetto agli effetti di *overdeterrence* insiti nell'attuale quadro legislativo di riferimento. Si è, infatti, a tal proposito rilevato come il recepimento di una simile soluzione rimarrebbe pur sempre nella discrezionalità dei singoli uffici giudiziari, i quali potrebbero comunque decidere di avviare indagini ovvero di sottoporre i soccorritori a misure cautelari e precautelari che recano in sé un carico afflittivo potenzialmente in grado di inibire successive attività di soccorso (c.d. *chilling effect*)<sup>44</sup>.

Preso atto dell'insufficienza di tali sforzi ermeneutici a rimediare in concreto ad un simile effetto di sovra-criminalizzazione, parte della dottrina italiana non solo ha invocato la dubbia compatibilità del *Facilitators Package* - e, di conseguenza, dell'art. 12 T.U. Immigrazione - con la C.D.F.U.E. e con la Costituzione<sup>45</sup>, ma ha altresì proposto interventi riformatori di più ampio respiro. Tra questi si annovera l'estensione del dolo specifico di ingiusto profitto anche alla fattispecie base del favoreggiamento degli ingressi irregolari, come pure la previsione di un obbligo, anziché di una facoltà, per gli Stati membri dell'Unione di introdurre scriminanti umanitarie effettivamente operanti<sup>46</sup>.

In ambito sovranazionale, è attualmente vivo il dibattito sull'opportunità di pervenire ad una riforma del *Facilitators Package*, nell'ottica di predisporre un quadro giuridico di contrasto alle immigrazioni irregolari rispettoso del principio di proporzionalità, di efficacia e di conformità al diritto internazionale.

Di recente, nell'ambito del già menzionato caso *Kinsa*, è stata infatti evidenziata l'opportunità di orientare un eventuale intervento di riforma nel senso di un più attento bilanciamento tra il perseguimento degli obiettivi europei nel controllo dell'immigrazione irregolare e il dovere di rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza. Dinanzi a tale imperativo, la Corte di

---

<sup>44</sup> ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 316.

<sup>45</sup> ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 169.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 170;

giustizia dispone di molteplici margini d'azione, i quali, a seconda dell'interpretazione che verrà data alla normativa oggetto di segnalazione, spaziano dall'annullare interamente il *Facilitators Package*, al "riscrivere" o reinterpretare il Pacchetto in conformità con la C.D.F.U.E.<sup>47</sup>. In ogni caso, quale che sia la tecnica che prediligerà l'organo giudicante, l'esito di questa vicenda potrebbe certamente influenzare anche le negoziazioni in corso, in particolare quella riguardante la proposta di direttiva europea avanzata dalla Commissione nel novembre 2023 volta a definire regole minime per il contrasto all'immigrazione irregolare, in sostituzione di quelle previste dal *Facilitators Package*<sup>48</sup>.

Sul piano del diritto interno, le proposte suggerite da parte della dottrina italiana al fine di selezionare più accuratamente le condotte suscettibili di essere incriminate ai sensi dell'art. 12 T.U. Immigrazione, seppur corrette sul piano concettuale, risultano tutt'altro che di facile attuazione, in quanto presuppongono un positivo intervento, da parte dell'autorità giudiziaria ovvero del legislatore, che rischia di rimanere a lungo disatteso, soprattutto qualora alcuna istanza di riforma dovesse pervenire da parte delle istituzioni europee. In ogni caso, nell'incertezza di un'effettiva riforma della normativa italiana ed europea di contrasto agli ingressi irregolari, il vaglio preliminare sulla tipicità delle condotte ritenute di dubbia compatibilità con l'art. 12 T.U. Immigrazione appare un'adequata soluzione di compromesso. Ciò, in effetti, non solo assicurerebbe un ricorso alla sanzione penale maggiormente conforme al principio di legalità, ma consentirebbe altresì di accertare più agevolmente eventuali profili di penale responsabilità, senza la necessità di verificare la sussistenza degli specifici requisiti richiesti per l'operatività di fattispecie liceizzanti di tutt'altro che pacifica applicazione.

MARIA FIORE ANGORI

---

<sup>47</sup> Si richiami Corte giust. UE, Grande sezione, 21 giugno 2022 C-817/19, *Ligue des Droits Humains*, para. 270 ss.

<sup>48</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione e che sostituisce la direttiva 2002/90/CE del Consiglio e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio*, 28 novembre 2023, in [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).