

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 1/2022

LA GIURISDIZIONE IN ALTO MARE: TRA UNIVERSALITÀ TENTATA E TERRITORIALITÀ CONSUMATA. (COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ. I, 2 LUGLIO 2021, N. 31652)

di Francesca Curi

***Abstract:** Con la sentenza in commento la Cassazione afferma la giurisdizione del giudice penale italiano per i reati di cui all'art. 12, co. 1 e seguenti, TUI, ovvero favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e per omicidio volontario plurimo, di cui all'art. 575 c.p., avvenuti in alto mare. Il presupposto normativo è costituito dall'art. 7, co. 1, n. 5, del codice penale, al quale si riconosce natura «autoapplicativa», così come alla Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale. Tuttavia, non manca il richiamo anche all'art. 6 c.p., là dove si qualificano le condotte come «correlate» a reati commessi sul territorio italiano.*

***Abstract:** With the sentence in question, the Supreme Court affirms the jurisdiction of the Italian criminal judge for the offenses described in Article 12, co. 1 and following, TUI, i.e. aiding and abetting illegal immigration, and for multiple voluntary homicide, as codified in art. 575 of the Criminal Code, which took place in high sea. The regulatory premise is constituted by Article 7, first paragraph, no. 5, of the Criminal Code, which is recognized as «self-applying», as well as the UN Convention in Palermo against transnational organized crime. However, there is also a reference to Article 6 of the Criminal Code, where the conduct is qualified as «related» to crimes committed on Italian territory.*

## LA GIURISDIZIONE IN ALTO MARE: TRA UNIVERSALITÀ TENTATA E TERRITORIALITÀ CONSUMATA. (COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ. I, 2 LUGLIO 2021, N. 31652)

---

di Francesca Curi\*

SOMMARIO: 1. Il fatto storico. — 2. La Cassazione sulla questione di giurisdizione. — 3. La “rotta maestra”. — 4. Uno “scarrocciamento” sull’asse giurisprudenziale. — 5. Lo stato di necessità, in una «moderna società di diritto»....

### 1. Il fatto storico

Una tragica vicenda, giudicata recentemente dalla Cassazione, offre lo spunto per alcune brevi considerazioni sull’ambito spaziale di applicazione della legge penale. I fatti si sono svolti nel braccio di mare tra la Libia e l’Italia, in quelle acque internazionali nelle quali l’autorità marittima libica ha competenza per le operazioni di soccorso (zona SAR, search and rescue).

Ad agosto 2015, un barcone di legno di 13 metri, privo di bandiera e dotazioni di sicurezza, carico di più di trecento persone, si è trovato in evidenti condizioni di difficoltà avendo incominciato ad imbarcare acqua. Giunta una segnalazione al Comando della squadra navale della Marina militare italiana, in servizio di controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo, viene disposto l’intervento di soccorso. Tratti in salvo i naufraghi, i militari italiani rinvennero nella stiva del barcone quarantanove corpi senza vita. Il natante affonda poco dopo il soccorso.

Dai racconti dei sopravvissuti emerge che un gruppo di trafficanti libici, armati, aveva ordinato ai migranti di carnagione scura di salire per primi sul barcone e li aveva collocati a forza nella stiva dove, secondo le testimonianze, ne erano stati ammassati circa un centinaio. Quello spazio, alto soltanto un metro e venti e situato accanto al vano motore, era invaso dai fumi di combustione e dai miasmi del carburante ed era areato da tre piccoli boccaporti, che non consentivano neppure il passaggio di un uomo, sicuramente del tutto insufficienti a fare passare l’aria e la luce necessarie alla sopravvivenza.

La ricostruzione compiuta dai giudici del merito delinea una responsabilità in capo ad otto persone, qualificate come membri dell’equipaggio perché – sempre in base alle testimonianze dei naufraghi – risultavano essere già presenti a bordo dell’imbarcazione al

---

\* Professoressa associata di diritto penale presso l’Università di Bologna.

loro arrivo. I giudici di primo e secondo grado hanno ritenuto che gli otto imputati avessero contribuito a condurre il natante dalle coste libiche verso quelle italiane, mantenendo l'ordine durante la traversata, impedendo che i passeggeri ammassati nella stiva potessero risalire sul ponte e che gli altri si muovessero dai posti loro assegnati alla partenza. Hanno altresì escluso che gli stessi siano stati preventivamente reclutati dall'organizzazione criminale, risultando più plausibile un loro coinvolgimento nella imminenza della partenza. I libici, facilmente identificabili, in quanto armati e vestiti con giacche militari, avevano effettuato il trasferimento di tutti i migranti dalla spiaggia all'imbarcazione, facendo uso di alcuni gommoni.

La sentenza di primo grado, confermata in appello, assegna una responsabilità per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in capo agli otto migranti, etichettati come «equipaggio», in concorso con i membri dell'organizzazione criminale libica che avevano preparato il viaggio e curato il trasporto dei migranti in spiaggia e il successivo trasferimento a bordo del barcone. Gli otto condannati, a giudizio della Corte d'Assise e della Corte d'Assise d'appello di Catania, hanno compiuto atti diretti a procurare l'ingresso di cittadini stranieri in territorio italiano, integrando la fattispecie di cui all'art. 12, co. 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, con le contestate circostanze aggravanti (co. 3, lettere a) e b); co. 3-*bis* e co. 3-*ter*).

Inoltre, per le quarantanove morti accertate nella stiva, avvenute per asfissia da confinamento, i giudici di merito hanno ravvisato una volontà omicida, connotata da dolo eventuale, dovuto alla previsione e accettazione del rischio che le persone, ammassate in quello spazio «infernale», sarebbero morte<sup>1</sup>.

## 2. La Cassazione sulla questione di giurisdizione

La prima sezione della Corte di cassazione, con la decisione n. 31.652 del luglio 2021, ha respinto tutti i ricorsi presentati dalle difese degli imputati, ritenendoli infondati.

Merita uno sguardo più attento la motivazione che ha respinto la questione di giurisdizione, sollevata eccependo che un giudice italiano possa giudicare reati avvenuti all'estero, per mano di stranieri, ai danni di vittime straniere. La Corte, pur differenziando tra le due fattispecie di reato contestate – da un lato, il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, co. 1 e seguenti, TUI; dall'altro, il delitto

---

1. Sebbene l'ingresso clandestino attraverso le frontiere terrestri, sia con i Paesi appartenenti allo spazio Schengen sia con quelli ancora ad esso estranei, rimanga il canale di accesso al territorio nazionale più praticabile e prevalente dal punto di vista statistico, gli attraversamenti non autorizzati delle frontiere marittime costituisce una strategia ininterrottamente praticata: P. Monzini, F. Pastore, G. Sciortino, *L'Italia promessa. Geopolitica e dinamiche organizzative del traffico di migranti verso l'Italia*, in Centro Studi di Politica Internazionale, Working Papers 9/2004, *passim*.

di omicidio volontario, di cui all'art. 575 c.p. – ha respinto l'eccezione, seguendo un percorso argomentativo sostanzialmente coincidente.

Riguardo alla prima contestazione si è ritenuto che non vi sia alcun dubbio sulla giurisdizione italiana anche nel caso in cui il trasporto di migranti, a bordo di un'imbarcazione priva di bandiera, sia stato intercettato in acque extraterritoriali, ma successivamente nelle acque interne e sul territorio nazionale si siano verificati l'ingresso e lo sbarco dei migranti, sebbene siano avvenuti grazie all'intervento dei soccorritori. Si dice, invocando alcuni precedenti conformi, che l'evento di questo reato è «un esito previsto e voluto a causa delle condizioni del natante, dell'eccessivo carico e delle condizioni del mare».

Si aggiunge che il perno normativo che rende «incondizionatamente punibile la condotta commessa in “alto mare” (...) quando l'approdo sia occasionalmente individuato dal soccorso prestato in ambito SAR (search and rescue)» è rappresentato dall'art. 7, co. 1, n. 5, del codice penale. In esso si prevede la perseguibilità di reati per i quali speciali disposizioni di legge o *Convenzioni internazionali* stabiliscano l'applicabilità della legge italiana. È così che trova appropriata applicazione – sempre ad avviso della Corte – il III Protocollo Addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, firmata a Palermo il 15 novembre 2000. L'art. 6 prevede espressamente l'obbligo di incriminazione degli atti intenzionali, commessi al fine di ottenere un vantaggio dal «traffico di migranti», come definito all'art. 3, nonché «quando l'atto è commesso al fine di permettere il traffico di migranti». Inoltre, con immediata forza precettiva, essendo intervenuta la ratifica ed esecuzione della Convenzione e degli annessi Protocolli (con legge 16 marzo 2006, n. 146), all'art. 4 si stabilisce la loro applicazione «alla prevenzione, alle attività di indagine e *al perseguimento*» di tali reati.

Anche per quanto concerne il reato di omicidio, commesso a bordo dell'imbarcazione sovraccarica, si afferma la giurisdizione italiana, questa volta facendo leva sull'art. 2 della Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale, che richiede la commissione di un “reato grave”, per il quale sia prevista una comminatoria edittale di pena non inferiore a quattro anni. L'omicidio di cui all'art. 575 c.p., prevedendo il minimo a 21 anni di reclusione, assegna inequivocabilmente la giurisdizione all'Italia.

### 3. La “rotta maestra”

La decisione della Cassazione in esame, pur assecondando un orientamento giurisprudenziale largamente consolidato, si distingue per aver ampliato l'area di influenza del diritto penale italiano in modo tale da meritare un approfondimento.

Bisogna innanzitutto partire dal dato normativo rinvenibile all'interno del codice penale, nel quale viene disciplinato, per primo in ordine di apparizione, il principio di territorialità. All'art. 6 c.p., rubricato «Reati commessi nel territorio dello Stato», si fissano le regole per

l'esercizio della giurisdizione penale italiana<sup>2</sup>. È così che, per poter rivendicare la pretesa punitiva da parte dello Stato italiano, si stabilisce che la condotta – attiva od omissiva – debba essere commessa anche solo in parte sul territorio nazionale, oppure che l'evento debba realizzarsi entro i confini nazionali. Il vincolo della giurisdizione al suolo italiano viene tuttavia ampliato già dal legislatore del 1930, che non riesce a dissimulare una strisciante propensione per l'opposta opzione universalistica, che affiora palesemente già nelle norme immediatamente successive. All'articolo 7 c.p., così come all'articolo 8 c.p., che si occupa del reato politico, e nei successivi articoli 9 e 10, dove si introducono deroghe alla territorialità tali da assegnare molti dei reati commessi all'estero alla giurisdizione italiana.

In particolare, l'art. 7, n. 5, c.p. prevede che anche i reati commessi interamente all'estero, da cittadini italiani o da stranieri, siano giudicati in Italia, purché speciali disposizioni di legge o Convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della legge penale italiana<sup>3</sup>.

Fino alla pronuncia in commento, riguardo all'assegnazione della giurisdizione al giudice italiano in caso di procurato ingresso illegale nel territorio dello Stato di cittadini extra-comunitari, l'orientamento giurisprudenziale dominante aveva fatto leva sull'art. 6 c.p., dotandolo di una particolare estensione applicativa, che si rendeva possibile grazie all'utilizzo della figura dell'autore mediato. Si era così agganciata la condotta dei trafficanti che abbandonano i migranti in acque internazionali, su natanti inadeguati, all'intervento reso obbligato dei soccorritori in acque nazionali<sup>4</sup>. È del febbraio di quest'anno una pronuncia della Cassazione che afferma la copertura scriminante della condotta posta in essere dai soccorritori, «in quanto conseguente allo stato di pericolo volutamente provocato dai trafficanti»<sup>5</sup>. In questa decisione si afferma ancora che la loro operazione «si lega, senza soluzione di continuità, al primo segmento della condotta commessa in acque extraterritoriali, venendo così a ricadere nella previsione dell'art. 6 c.p.»<sup>6</sup>.

Il salto alla disciplina universalistica, contenuta nell'art. 7, n. 5, c.p., sembra compiersi qualche mese più tardi, con la decisione in commento. Le cautele nel ravvisare un autentico

---

2. S. Aprile, *Art.6 – Reati commessi nel territorio dello Stato*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – G.L. Gatta, Ipsoa, Wolters Kluwer, 2021, p. 214 ss.

3. S. Aprile, *Art.7 – Reati commessi all'estero*, in *Codice penale commentato*, cit. p. 224 ss.

4. «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere scusata ai sensi dell'art. 54 c.p., co. 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»: Cass., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, p. 6. Sulle diverse critiche che si possono appuntare a questo indirizzo giurisprudenziale, molto chiaramente: C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in questa *Rivista* n. 2.2020, p. 203 ss.

5. Cass. pen., sez. I, 10.2.2021, n. 15084 che annovera diversi precedenti tra i quali: Cass. pen., sez. I, 8.4.2015, n. 20503.

6. Cass. pen., sez. IV, 8.3.2018, n. 14709.

cambio di passo sono dovute alla scelta, quantomeno incongruente, di chiosare la motivazione richiamando anche la regola di cui all'art. 6 c.p. L'adesione più nominale che reale ad un principio di universalità si palesa proprio nel momento in cui non viene compiuto risolutamente l'affrancamento da un criterio di assegnazione della giurisdizione su base meramente territoriale.

I giudici di legittimità, nel caso in esame, muovono innanzitutto affermando la legittimazione di una estensione della giurisdizione partendo dall'art. 23 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958, nonché dall'art. 111 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, nelle quali viene riconosciuto alle autorità dello Stato rivierasco il diritto di inseguire la nave straniera sospettata di aver violato le leggi o i regolamenti dello stesso Stato, anche oltre i limiti del mare territoriale o della zona contigua. Si tratta di dati normativi che normalmente vengono richiamati quando l'operazione di inseguimento è iniziata nella zona di mare italiana ed è proseguita, senza soluzione di continuità, sino alle acque internazionali<sup>7</sup>. Sebbene la vicenda oggetto di questo giudizio, abbia avuto uno sviluppo storico diverso, l'argomentazione ha attraversato anche queste norme, ma ciò che rileva è la filigrana ancora saldamente rappresentata dall'art. 6 c.p., nel momento in cui si richiede un collegamento tra la nave straniera e l'ambito territoriale sottoposto alla giurisdizione italiana, tale da poter legittimare l'estensione della potestà punitiva anche a fatti commessi in acque non territoriali.

A luglio di quest'anno (nella sentenza che si annota), il Supremo Collegio sembra voler compiere un balzo significativo, applicando la legge penale italiana a stranieri che hanno commesso alcuni reati in territorio estero, grazie al combinato disposto tra una Convenzione e la disciplina contenuta nel numero 5 dell'art. 7 c.p. La questione è se si tratti di un autentico cambio di prospettiva, nella direzione di una più audace universalità, o se invece gattopardescamente «...tutto resti come prima», confermandosi il principio di territorialità sotto mentite spoglie. Sulla scelta tra le due ipotesi aleggia l'esigenza di un rigoroso rispetto del principio di legalità.

#### **4. Uno “scarrocciamento” sull'asse giurisprudenziale**

Per mettere a fuoco i contorni reali della decisione in esame bisogna volgere lo sguardo verso un'altra vicenda che, pur riguardando un profilo criminoso diverso dal reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, insiste sul tema della giurisdizione italiana. Un anno prima della pronuncia in commento, riguardo ad un'imputazione per traffico

---

7. Cass. pen., sez. V, 12.9.2019, n. 48250.

internazionale di armi (nella specie: importazione esportazione e transito di materiali di armamento), la Cassazione ha escluso la giurisdizione italiana<sup>8</sup>.

Sebbene anche in questo caso la Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale ricopra incontrovertibilmente un ruolo centrale, i giudici di legittimità non l'hanno ritenuta applicabile, per il tramite dell'art. 7, n. 5 c.p. Punto di partenza del ragionamento degli ermellini è stata la presa d'atto della natura «non autonomamente regolativa» del testo contenuto nell'art. 7, co. 1 n. 5 c.p., considerata norma di chiusura che contiene esclusivamente un rinvio a «speciali disposizioni di legge» o a «Convenzioni internazionali» nel cui ambito sia prevista in modo espresso la deroga al generale principio di sovranità territoriale.

A giudizio della Cassazione, il semplice ordine di esecuzione, di cui all'art. 2 della legge di ratifica della Convenzione, la n. 146 del 2006 («piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione e ai Protocolli»), in assenza di disposizioni regolatrici interne in tema di giurisdizione, è stato ritenuto insufficiente a considerare l'art. 15, par. 4 della Convenzione<sup>9</sup>, quale norma con forza precettiva per il sistema giuridico italiano<sup>10</sup>. D'altro canto, non può neppure essere considerata norma auto-applicativa, non configurando obblighi ma facoltà, che quindi necessitano di un adempimento intermedio.

Quella che può apparire come una presa di posizione diametralmente opposta alla successiva decisione del luglio 2021 in realtà non si discosta sostanzialmente. Le differenze si affievoliscono grandemente, fino quasi ad annullare il divario apparente tra i due arresti giurisprudenziali, quando i giudici del 2020 affermano che «l'attribuzione della giurisdizione italiana va tuttavia ritenuta sussistente ai sensi dell'art. 10 c.p.».

Nel 2020 viene posta una opportuna enfasi sulla necessità di un ligio ossequio al principio di legalità, che impone – in tema di giurisdizione sui reati commessi all'estero – di escludere la giurisdizione del giudice italiano riguardo ai reati commessi dallo straniero in danno di straniero e interamente consumati nel territorio di uno Stato estero, qualora ci si trovi «in assenza di un fondamento normativo, anche di diritto internazionale, idoneo a derogare al principio di territorialità». In altri termini, si può accedere ad una dimensione universalistica del diritto penale italiano solo nella misura in cui essa sia suffragata dalla previsione espressa di leggi speciali o Convenzioni internazionali. Diversamente si correrebbe il rischio di dare alla legge italiana un'estensione applicativa che oltrepassa i limiti imposti dalla legge, quando solo il legislatore può sancire il delicato bilanciamento tra

---

8. Cass. pen., sez. I, 17.6.2020, n. 19762.

9. «Ogni Stato Parte può altresì adottare le misure necessarie per determinare la sua giurisdizione in relazione ai reati di cui alla presente Convenzione quando il presunto autore si trova sul suo territorio e non lo estrada».

10. Cass. pen., sez. I, 17.6.2020, n. 19762, p. 11; D. Mandrioli, *Oltre i limiti territoriali: l'esercizio della giurisdizione penale italiana sul traffico di armi nel Mar Mediterraneo*, in *Dir. mar.*, 2020, p. 354 ss.

la protezione di alcuni interessi fondamentali a discapito di altri, non meno meritevoli di protezione.

Mentre risulta pienamente condivisibile l'ossequio al principio di legalità, nella forma del vincolo alla riserva di legge e tassatività, appare meno conseguenziale il passaggio successivo, contenuto sempre nella motivazione del 2020. L'abbrivio verso una dimensione universale del diritto penale italiano, correttamente ancorata al requisito di legalità, si interrompe bruscamente, torcendosi verso una più consueta chiave di lettura territoriale della giurisdizione italiana, ai sensi dell'art. 10, co. 2, c.p.<sup>11</sup>, consentendo di continuare a coltivare sotto mentite spoglie le inesprimibili velleità universalistiche. In un'ottica puramente di scopo, l'esito finale è sostanzialmente il medesimo, poiché si ottiene per altra via l'assegnazione al giudice italiano di una vicenda avvenuta in alto mare. Ma il punto di frattura avviene proprio sulla linea del principio di legalità, che per l'art. 7 c.p. rappresenta un baluardo imprescindibile, mentre nelle evenienze descritte all'art. 10, co. 2, c.p. è consentita l'acquisizione alla giurisdizione italiana di crimini avvenuti all'estero, anche sorvolando su uno o più requisiti<sup>12</sup>.

Nella decisione del 2021 i giudici hanno imboccato una strada opposta, affermando sin dall'inizio la piena operatività dell'art. 7, n. 5, c.p., non ritenendo di ravvisare limitazioni dovute a difetti riguardo alla sua natura autoapplicativa, così come per le Convenzioni internazionali invocate. A pagina 24 della motivazione si afferma testualmente: «Le condizioni per l'applicazione della legge penale italiana sono, dunque, previste dalla clausola generale, che il legislatore attribuisce all'art. 7 c.p., e della chiara individuazione dei criteri di collegamento introdotti per estendere il potere giurisdizionale dello Stato italiano da parte delle Convenzioni internazionali cui lo Stato ha aderito»<sup>13</sup>. Poco più avanti si afferma la natura direttamente applicabile della Convenzione di Palermo perché dotata di tutti gli elementi necessari a descrivere le condizioni di estensione della giurisdizione dello Stato, che – se parliamo dell'Italia – dispone già di una norma cornice in grado di fornire piena copertura normativa alla previsione convenzionale, nella quale si trovano esplicitati in modo

---

11. Secondo il quale è necessario che il delitto sia stato commesso ai danni delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero e sempre che: 1) l'autore si trovi nel territorio dello Stato; 2) si tratti di delitto per il quale è prevista la pena dell'ergastolo, ovvero la reclusione nel minimo non inferiore a tre anni; 3) l'estradizione dell'autore non sia stata concessa.

12. Il nodo riguarda l'estradizione. La Cassazione (nel caso *Tartoussi*) ha omesso di trattare esplicitamente questo requisito, dandolo per acquisito: D. Mandrioli, *Oltre i limiti territoriali*, cit., p. 361.

13. Tale assunto si esplicita in quelle pronunce nelle quali si fa riferimento alle indicazioni promananti dalle Convenzioni internazionali che impegnano l'Italia a combattere e reprimere i *delicta juris gentium*: Cass. pen., I sez., 14.9.2015, n. 43696 (omicidio plurimo eseguito nei confronti di militari italiani, impegnati in una missione di monitoraggio internazionale); Cass. pen., sez. I, 9.5.2018, n. 24975 (esecuzione di tre volontari italiani della Croce Rossa in missione umanitaria in Bosnia-Erzegovina).

chiaro e univoco i criteri di collegamento utili a determinare la giurisdizione dello Stato Parte<sup>14</sup>.

Nonostante questa netta scelta di campo, i giudici non hanno tuttavia mancato di spostare l'accento sulla verifica di «gravi e dirette conseguenze in Italia dei fatti contestati» (con riferimento in particolare alla contestazione dell'art. 12, co. 1, TUI). Ancora una volta, la “ciambella di salvataggio” di una più domestica imputazione *ex art. 6 c.p.*, sebbene ampliata con espedienti non rigorosamente ermeneutici, sembra costituire un'imprescindibile assicurazione per la giurisprudenza che si trova a navigare tra l'ordinamento interno e quelli stranieri.

Si attenua la pretesa di una rigida osservanza del principio di legalità a fronte di condotte che, prive di una copertura normativa sovranazionale direttamente efficace nel nostro ordinamento e consumate all'estero, siano tuttavia «correlate» a reati commessi sul territorio italiano. In altri termini, i vincoli sulla diretta efficacia delle disposizioni convenzionali sfumano quando i fatti siano «inseriti in una progressione finalistica coinvolgente lo Stato italiano».

Non sembra siano ancora maturi i tempi per abbandonare il rassicurante vincolo alla territorialità, sebbene ci si trovi di fronte a forme di aggressione di beni giuridici di rilevante caratura, se non addirittura della vita umana. Anziché operare forzature sul crinale della legalità, sarebbe importante iniziare a riprogettare quegli istituti giuridici che affondano le proprie radici in un periodo storico assai diverso. Nel 1930, epoca di entrata in vigore del codice penale, l'ampio universalismo riconosciuto all'efficacia spaziale della legge penale, lungi dall'essere espressione di quell'umanitarismo universale dei giorni nostri, altro non era che un modo per affermare l'autoritarismo delle esigenze di tutela proprie dello Stato<sup>15</sup>.

Il profilo autenticamente transnazionale dei fenomeni delittuosi riguardanti il traffico di migranti sembra suggerire un ripensamento del concetto di giurisdizione penale e dei relativi criteri di validità della legge penale nello spazio, tale da garantire – sulla falsariga di quanto accade nell'ambito del diritto internazionale – la tutela dei diritti umani delle persone. Frazionare le singole condotte nello spazio significa, inoltre, negare una tutela ove non sia

---

14. È quanto mai opportuna la sottolineatura che mette in evidenza come nell'impostazione del Protocollo ONU, il migrante *smuggled* figura come un mero “oggetto” dell'altrui condotta, con la conseguenza che è in radice esclusa ogni possibilità di considerarlo responsabile del fatto di *smuggling*, come viene espressamente sancito dall'art. 5 («Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of» *smuggling*): A. Spina, *L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal facilitators package al nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo: un cambio di passo per la mobilità delle persone in Europa?*, a cura di V. Militello, M. Savino, E. Cavasino, A. Spina, 30 giugno 2021, in *Giustizia Insieme*, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

15. F. Palazzo, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org) (15 settembre 2011); A. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale internazionale”*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 79.

possibile configurare alcun organo dotato di giurisdizione e capace di esercitare la potestà punitiva ad essa connessa<sup>16</sup>. Non si può pensare di affrontare e risolvere i fenomeni di globalizzazione del crimine in base ad un approccio repressivo esclusivamente autarchico e nazionalistico, essendo ormai imprescindibile l'individuazione di soluzioni condivise a livello interstatuale<sup>17</sup>.

Certamente il sistema di misure, adottate e recentissimamente implementate a livello europeo, per contrastare il fenomeno del traffico di migranti, può rappresentare un ausilio concreto ed efficacemente operativo, anche in un'ottica di armonizzazione dei numerosi formanti giuridici<sup>18</sup>, che entrano in relazione. Si tratta di misure che oltre a rafforzare ulteriormente la cooperazione, si concentrano sul potenziamento dell'*intelligence*, che è strategica per intercettare le informazioni sulla continua evoluzione del *modus operandi* dei trafficanti di uomini<sup>19</sup>. D'altro canto, questo rinnovato impegno europeo oltre ad alcuni profili di sicuro impatto, non riesce a superare alcuni limiti per altro già presenti in passato<sup>20</sup>.

## 5. Lo stato di necessità, in una «moderna società di diritto»...

La sostanziale ritrosia a passare ad una più scoperta universalità del diritto penale italiano deve essere infine combinata con l'ultimo passaggio argomentativo della sentenza, con il quale si respingono i motivi di ricorso che la difesa degli imputati ha avanzato, invocando l'applicazione dello stato di necessità a fronte dell'addebito per gli omicidi plurimi. I giudici romani hanno escluso la possibilità di applicare l'art. 54 c.p., poiché non hanno

---

16. S. Orlando, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org) (25 maggio 2018), p. 146. L'autore propone di pensare ad un ampliamento della giurisdizione universale, esercitata dall'International Criminal Court (ICC). Tuttavia, allo stato attuale l'ostacolo più rilevante si appunta sulla specifica natura del reato di traffico di migranti. Il diritto internazionale penale che istituisce una giurisdizione universale «non dentro gli Stati» ma «contro gli Stati» appare fondata su una stretta interpretazione del principio di legalità-tassatività dei crimini, che – a partire dal Trattato di Roma – ha imposto una precisa elencazione e definizione dei reati perseguibili internazionalmente: con la conseguenza che se, da un lato, ad esempio, il reato di tratta di esseri umani può trovare «cittadinanza» nell'International Criminal Law attraverso l'art. 7 del Trattato di Roma; dall'altro lato, la natura e il tipo di reato di traffico di migranti, per quanto per certi versi sovrapponibile alla tratta, non sembra ammissibile per il rilievo, ad esempio, che sono gli stessi migranti a prestare il proprio consenso al loro trasporto (Id., *Problemi di giurisdizione*, cit., p. 156).

17. A. Centonze, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori illegali*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 26.

18. V. Militello, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali. Una introduzione alla ricerca NESMeS*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, a cura di V. Militello – A. Spina – A. Mangiaracina – L. Siracusa, Torino, Giappichelli, 2020, p. 13.

19. G. Licastro, *Traffico di migranti: una rapida e mirata rassegna sul corpus «insieme completo e operativo di misure» approvate di recente per fronteggiare il fenomeno*, in *Ind. pen.*, n. 2.2019, p. 213 ss.

20. Tra quelli legati alla nuova versione del patto non si può non annoverare la problematica gestione della mole ingente di informazioni che il piano d'azione porta con sé: G. Licastro, *L'adozione del nuovo piano d'azione (UE) di contrasto al traffico di migranti (2021-2025) e l'incidenza del regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione di Eurosur*, in *Ind. pen.* n. 3.2021, p. 838.

ravvisato nella condotta degli otto imputati né una condizione oggettiva di stato di necessità, né un profilo soggettivo di inesigibilità<sup>21</sup>.

Sin dai due gradi di merito, le difese avevano provato a far leva sull'estrema precarietà delle condizioni di viaggio, nelle quali si trovavano tutti gli occupanti dell'imbarcazione, compresi quindi anche gli imputati, e sulla necessità di mantenere l'ordine a bordo per garantire la sopravvivenza di tutti. Inoltre, ai fini di un esonero dalla responsabilità per omicidio plurimo, si sottolinea la completa estraneità degli imputati alla scelta di collocare i migranti nella stiva e alla totale assenza di qualsivoglia loro contributo nella definizione e organizzazione del viaggio.

Ciò non di meno, le sentenze di primo e secondo grado hanno escluso l'applicabilità della scriminante, qualificando gli imputati come equipaggio, ritenendo che avessero condiviso l'organizzazione del trasporto e quindi la creazione di quelle condizioni di estrema precarietà del viaggio per mare, che aveva generato la nota situazione di pericolo. A nulla rileva che l'assegnazione del compito di guidare l'imbarcazione sia avvenuta da parte dei militari libici contestualmente alla partenza, cioè senza che vi sia stata alcuna preventiva compartecipazione nella progettazione del programma criminoso.

La Cassazione, premettendo che il punto sulla questione relativa alla causazione della condizione di pericolo ha natura di fatto e come tale non affrontabile in sede di legittimità, ha assunto che tutto l'equipaggio, quindi anche gli imputati, aveva aderito «ad una condotta criminosa collettiva con la piena consapevolezza dell'altissima probabilità di morte per i migranti collocati nella stiva ed accettazione del verificarsi di essa in quanto “costo” connesso alla condotta voluta di trasporto di migranti via mare, in quelle terrificanti condizioni»<sup>22</sup>.

Gli ermellini hanno respinto seccamente la possibilità di invocare il brocardo *mors tua vita mea* ad una «moderna società di diritto, basata sul rispetto della persona umana e, comunque, contrastante con le previsioni in tema di legittima difesa e stato di necessità che richiedono la non volontaria causazione dello stato di pericolo, dell'origine (...)».

Si argomenta che sarebbe stato preciso dovere degli imputati – avvedutisi sin dall'imbarco dell'esistenza di condizioni di concreto pericolo per la vita umana degli uomini e delle donne affidati alla loro responsabilità, quale gruppo di comando del natante –

---

21. Di segno completamente diverso, rispetto all'invocazione che dello stato di necessità si è fino ad ora fatto, riguardo alle vicende del soccorso in mare. Per un sintetico inquadramento dei meccanismi scriminanti a fronte del cosiddetto «reato di solidarietà», sia consentito il rinvio a: F. Curi – F. Martelloni – A. Sbraccia – E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, con Prefazione di M. Savino, Torino, Giappichelli 2021, p. 162 ss.

22. P. 35 della motivazione. Sul fenomeno dello *smuggling*: V. Mitsilegas, *I fondamenti normativi dell'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Analisi delle problematiche linee di confine tra diritto europeo e diritto internazionale*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, cit., p. 166 ss.

rifiutarsi di condurre l'imbarcazione, oppure adottare tutte le necessarie misure per salvaguardare la vita dei trasportati.

A margine di queste affermazioni sia possibile esprimere quantomeno il dubbio sulla correttezza dei ruoli assegnati dalla Cassazione agli imputati, oltre che sull'opportuno inserimento nell'alveo di una moderna società di diritto di quell'area geopolitica così fortemente instabile e conflittuale come è la Libia<sup>23</sup>. Si tratta di un contesto privo di un'univoca identità nazionale e sguarnito di un diffuso, condiviso e maturo – in una parola democratico – *humus* culturale<sup>24</sup>. Salvo affidarsi a manichee asserzioni di principio, non si riesce a cogliere quel “grado di civiltà” che dovrebbe costituire il livello minimo di garanzia per esprime opzioni di comportamento alternative<sup>25</sup>. Sorge il poco sereno dubbio su quale sia la base oggettivamente incontrovertibile che ha consentito di affermare che sulle coste libiche, al momento della partenza da luoghi che gli stessi organi internazionali hanno definito dei lager<sup>26</sup>, vi fossero le condizioni per esercitare liberamente il diritto di sottrarsi a modalità violentemente ricattatorie, queste sì esercitate con l'ausilio di armi da fuoco.

In base alla ricostruzione dei fatti, i giudici romani hanno ritenuto che gli imputati abbiano assunto il controllo sull'imbarcazione, impartendo ordini perentori e violenti nei confronti degli occupanti, anche brandendo bottiglie di plastica, che talvolta usavano per percuotere i riottosi. Da qui il loro coinvolgimento come autori di entrambe le fattispecie

---

23. S. Brzuszkiewicz, *Libia. Un paese senza Stato: il tribalismo come opportunità*, in *Equilibri, Rivista per lo sviluppo sostenibile* n. 3.2015, pp. 515-532.

24. «A questo punto, la mancata previsione di controlli reali della legalità di quanto accade sul terreno rinforza il sospetto che, essendo unico interesse della parte italiana la securizzazione e lo spostamento delle frontiere fuori dal territorio dello Stato, appaltando attività, che nei confini dell'Unione europea sarebbero considerate illegali e lesive dei diritti più elementari delle persone, a entità e autorità extraterritoriali, lontane e fuori dalla portata degli occhi dell'opinione pubblica europea, delle agenzie di controllo, della stampa investigativa, le politiche di esternalizzazione dei confini europei, gli accordi di riammissione e le intese di polizia siano diventati gli strumenti coi quali l'UE e *in primis* l'Italia fanno compiere altrove atti qui vietati e sanzionati dalle leggi comunitarie e dalle nostre, talché parrebbe che la tortura e i trattamenti inumani e degradanti siano praticati sui migranti in funzione dissuasoria dall'intraprendere la migrazione verso l'Europa» (R. Settembre, *Tortura oltre i confini*, in *Studi sulla questione criminale* n. 2.2018, p. 118).

25. È senz'altro pleonastico ricordare che la Libia non ha ratificato neppure le Convenzioni più basilari in materia di asilo e di rispetto dei diritti umani, inoltre contro migranti e profughi si praticano gravissime violazioni e brutalità estreme, compresi omicidi e stupri, anche ai danni di bambini: sia nei pressi dei check-point, non poche volte da parte di uomini in divisa; sia nei Centri di detenzione, alcuni dei quali gestiti dalle milizie (si veda il rapporto dell'Unicef, *Deadly Journey for Children. The Central Mediterranean Migration Route*, febbraio 2017, <https://www.unicef.de/blob/135970/6178f12582223da-6980ee1974a772c14/a-deadl-journey-for-children---unicef-report-data.pdf>).

26. Il 4 ottobre 2021 la missione di inchiesta indipendente sulla Libia delle Nazioni Unite ha denunciato la commissione di crimini di guerra e crimini contro l'umanità da parte del Paese nordafricano, a partire dal 2016. Ci sono ragionevoli motivi per credere che in Libia siano stati commessi crimini di guerra, mentre la violenza perpetrata nelle carceri e contro i migranti può equivalere a quella che prevede crimini contro l'umanità: <https://www.onuitalia.com/2021/10/04/libia-34/>. Vi erano già stati inequivoci segnali: A. Pasquero, *La Comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 51 ss.; M. Delli Santi, *Il Rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa sulle politiche migratorie. Rilievi politici e giuridici*, in questa *Rivista*, n. 2.2021, p. 219 ss.

contestate. Sembra lecito chiedersi se davvero le urla e qualche percossa siano in grado di qualificare chi le esercita come compartecipe nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e omicidio plurimo. Chiunque, seppure privo di una particolare esperienza di navigazione, non può sottovalutare l'importanza in mare aperto del rispetto di una ferrea gerarchia e della necessità di garantire la maggiore stabilità possibile anche mediante ordini perentori.

I giudici di legittimità non hanno receduto neppure di fronte al dato storico inequivocabilmente assodato dell'avvenuto affondamento della precaria imbarcazione subito dopo i soccorsi. È poco verosimile che perfino il criminale più incallito e privo di scrupoli possa mettere a repentaglio la propria vita, rinunciando ad accumulare profitti esponenziali, per accompagnare nel viaggio quella "merce umana", che ha già saldato il proprio debito per il tragitto.

Il rischio, nell'assecondare questo tipo di percorso argomentativo, è quello di assumere un approccio schematicamente riduttivo nella ricostruzione di dinamiche che si esprimono secondo articolazioni molto più complesse. L'esito convergente di molti studi afferenti a discipline diverse, tra le quali – solo a titolo meramente esemplificativo – l'antropologia culturale, la geografia economia, la geopolitica e perfino la demografia, mette in evidenza il fallimento della strategia di criminalizzante di ciò che si presenta come un fenomeno inarrestabile, ovvero il processo migratorio. Un singolo viaggio frutta circa tremila dollari e se l'imbarcazione viene stipata all'inverosimile, ben oltre ogni limite di capienza e di sicurezza, raggiungendo il numero di 200 passeggeri, l'operazione frutterà all'organizzazione criminale non meno di 600.000 dollari. Portando il carico a trecento persone, come nel caso giudicato, il guadagno salirà a 900.000 dollari (escluso il costo trascurabile del barcone). Provando solo per ipotesi a calcolare l'utilizzo di queste stesse cifre per un'immigrazione legale, considerando quindi che i migranti possano liberamente recarsi in Italia, o in qualunque altro Stato in Europa, con mezzi di trasporto regolari (traghetti; aerei, ecc.), ne conseguirebbe la cessazione dell'odioso traffico di esseri umani, che provoca vittime e alimenta un vasto sistema criminale.

«Lo scafista è solo la punta dell'iceberg. A volte, lui stesso è un migrante che si ripaga il viaggio mettendo a frutto presunte doti di skipper. A volte è un piccolo criminale, altre un medio delinquente. Dietro di lui c'è un network globale che lucra sulla necessità di spostamento delle persone, spostamento che non può avvenire legalmente»<sup>27</sup>.

Non riconoscere il ruolo di vittima a chi si trova a ricevere l'incarico di condurre l'imbarcazione verso le coste italiane con un passaggio di consegne estemporaneo e senza che vi sia alcun tornaconto economico, salvo quello di riuscire a portare anche sé stessi verso

---

27. G. Musumeci – A. di Nicola, *Confessioni di un trafficante di uomini*, Milano, Chiarelettere 2014.

la “terra promessa”, ma con il rischio concreto di fallire nell’impresa e soccombere nell’ennesimo naufragio, può significare la prosecuzione di un’ulteriore forma di prevaricazione disumanizzante. La lotta per la sopravvivenza degli ultimi può assumere forme inusuali<sup>28</sup>, spetta al giudice l’arduo compito di trovare i necessari strumenti tecnico-giuridici per decifrare – nel quadro d’insieme – questa realtà inedita e composita.

---

28. Una pratica che sta progressivamente diffondendosi proprio a causa del contenimento dell’immigrazione irregolare, attraverso il paradigma della securitizzazione dei confini, combinato con il processo di criminalizzazione dell’immigrazione irregolare, è quella di accrescere l’offerta di servizi alternativi per il trasporto dei migranti, alimentando di fatto la diffusione dei cosiddetti sbarchi fantasma: V. Punzo – A. Scaglione, *Effetti perversi e politiche migratorie: il caso degli sbarchi fantasma*, in *Meridiana, Rivista di storia e scienze sociali*, 99, 3, 2020, p. 160.