

CIR

CENTER FOR INTER-LEGALITY RESEARCH

Working Paper No. 09/2021

SOFIA MILONE

***IL CONFLITTO TRA NORMA INCRIMINATRICE INTERNA E NORMA
EXTRA-PENALE STRANIERA O SOVRANAZIONALE
PROVE DI RAGIONAMENTO INTER-LEGALE PER IL GIUDICE PENALE***

The Inter-Legality Working Paper Series can be found at

www.cir.santannapisa.it/working-papers

IL CONFLITTO TRA NORMA INCRIMINATRICE INTERNA E NORMA EXTRA-PENALE STRANIERA O SOVRANAZIONALE PROVE DI RAGIONAMENTO INTER-LEGALE PER IL GIUDICE PENALE

Sofia Milone*

ABSTRACT: Lo scritto affronta il tema del conflitto tra norme incriminatrici di diritto interno e norme extra-penali “estranee”, straniere o sovranazionali. L’inter-legalità viene utilizzata non solo nel suo significato descrittivo di intersezione tra le molteplici legalità aventi efficacia precettiva rispetto al caso, ma anche nel suo significato prescrittivo di necessaria considerazione complessiva di tutte le legalità rilevanti per il caso nel ragionamento del giudice e nella determinazione del diritto applicabile. Nella prima parte si propone una tassonomia delle ipotesi di intersezione tra fattispecie penale e norma “estranea” individuando quali tra di esse possono ritenersi conflitti inter-legali in quanto la norma “estranea” spiega efficacia precettiva rispetto al caso. Nella seconda parte si esamina un’ipotesi particolare di conflitto inter-legale, quello tra fattispecie penale e norma sovranazionale sul diritto o sul dovere, generalmente sussunta sotto la scriminante di cui all’art. 51 c.p. La riflessione sull’applicazione dell’art. 51 c.p. costituisce un banco di prova del ragionamento inter-legale in quanto dimostra la necessità di valutare attentamente, di volta in volta, le legalità coinvolte nel caso e il tipo di conflitto che tra di esse si realizza per addivenire ad una decisione maggiormente corretta nel metodo e nella sostanza. Nell’ultima parte il ragionamento inter-legale è applicato al conflitto tra le norme internazionali sul dovere di soccorso in mare dei naufraghi migranti e le fattispecie incriminatrici interne al fine di rileggere da tale prospettiva i casi affrontati dalla giurisprudenza.

KEY WORDS: Inter-legalità, giudizio penale, fattispecie incriminatrice, norma extra-penale straniera o sovranazionale, conflitti normativi, norma sovranazionale sul diritto o sul dovere, norme internazionali sul dovere di soccorso in mare

* Phd in Criminal Law, Scuola Superiore Sant’Anna of Pisa, Italy.

1. Introduzione

Per quanto caratterizzata da principi suoi propri a garanzia della funzione primaria di regolamentazione del potere coercitivo dello Stato, la legalità penale non è un sistema impermeabile agli altri regimi normativi: alla qualificazione del comportamento ricadente sotto la fattispecie penale possono concorrere anche norme extrapenali, di diritto interno o sovranazionale, talvolta anche straniero, che tutelano un interesse concorrente o confliggente con quello sotteso all'incriminazione.

L'intersezione normativa impone al giudice di risolvere due fondamentali questioni: stabilire se il caso da decidere sia regolato tanto dalla fattispecie incriminatrice di diritto interno quanto dalla norma "estranea" – straniera o sovranazionale –; individuare i criteri di soluzione dell'eventuale conflitto. La soluzione della prima questione passa per la verifica dell'efficacia normativa della norma "estranea" rispetto al caso; la risposta alla seconda esige la previa qualificazione del tipo di conflitto e l'identificazione dello stadio del giudizio di responsabilità penale – la tipicità, l'antigiuridicità o la colpevolezza – sulla cui valutazione il conflitto incide.

In questo scritto tali questioni sono affrontate dalla prospettiva dell'inter-legalità, nella sua accezione prescrittiva di metodo che esige di considerare tutte le legalità rilevanti per il caso e di risolvere gli eventuali conflitti attraverso l'applicazione di un diritto composito che tenga conto di tutte le istanze normative. Nella prima parte, per rispondere alla domanda preliminare "quando una norma 'estranea' può dirsi rilevante", si proverà ad individuare le ipotesi di rilevanza della norma prodotta in un altro ordinamento rispetto al fatto sussunto nella norma penale interna proponendo una tassonomia dei conflitti che il giudice è chiamato a risolvere.

Come si vedrà, in certi casi la norma "estranea" gode di efficacia normativa sulla base delle norme di coordinamento tra gli ordinamenti e il giudice è tenuto a prenderla in considerazione e a conformarvi il diritto interno – ad esempio, nel caso delle norme sovranazionali vincolanti ai sensi degli artt. 10, 11 e 117 Cost. In altre ipotesi un simile coordinamento normativo è assente – come avviene generalmente con riguardo alla norma di diritto straniero – e la decisione giudiziale rimane normalmente indifferente al diritto prodotto negli altri ordinamenti. La prospettiva dell'inter-legalità induce però a prendere in considerazione l'efficacia normativa della norma straniera anche in talune di queste ipotesi, qualora il fatto presenti degli elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno.

In un secondo momento ci si concentrerà su una delle possibili intersezioni tra la norma “estranea” all’ordinamento e la norma penale interna: il conflitto tra la norma sovranazionale attributiva di un diritto o di un dovere e la fattispecie incriminatrice. Tale conflitto è normalmente gestito attraverso l’applicazione della scriminante di cui all’art. 51 c.p. La previsione da parte dell’art. 51 c.p. delle cause di giustificazione dell’esercizio del diritto e dell’adempimento del dovere imposto da una norma giuridica è paradigmatica dell’esigenza di “apertura” del diritto penale ad altri interessi rilevanti per l’ordinamento: il giudice è chiamato ad accertare se il comportamento umano, pur penalmente tipico, sia espressione di un diritto o di un dovere riconosciuti da una norma extrapenale prevalente sulla norma incriminatrice.

Con la crescente connessione e influenza reciproca tra gli ordinamenti si è posto sempre di più il problema dell’idoneità delle norme sovranazionali a fondare una situazione giuridica di diritto o di dovere concorrente con quella tutelata dalla norma incriminatrice interna ai sensi dell’art. 51 c.p. e della soluzione dei relativi conflitti¹. La riflessione su tale questione costituisce quindi un’efficace “palestra” per il ragionamento inter-legale.

Come si dimostrerà, l’attenta considerazione delle legalità intersecantesi impedisce di utilizzare l’art. 51 c.p. come *passé-partout* per l’ingresso nel giudizio penale di norme sovranazionali sul diritto o sul dovere. La disposizione, da un lato, non pare trovare applicazione a fronte di conflitti normativi “in astratto”, ossia quei conflitti che postulano l’incompatibilità logico-formale tra norme e l’applicabilità di una soltanto di esse al caso concreto. Dall’altro, postula determinati requisiti in capo alla norma sul diritto o sul dovere non sempre facilmente rilevabili rispetto alla norma sovranazionale: non solo occorre che sia dotata di efficacia normativa rispetto all’ordinamento, ma anche che sia provvista di effetto diretto nel senso di attribuire una situazione giuridica soggettiva di diritto o di dovere all’individuo; e che sia determinata in modo da fornire un parametro normativo sufficientemente chiaro e preciso per poter stabilire se il fatto è stato commesso nell’esercizio di un diritto o nell’adempimento di un dovere.

Nell’ultima parte dello scritto le riflessioni saranno calate in un contesto divenuto ormai familiare al giudice nazionale: quello del conflitto tra le norme internazionali sul dovere

¹ Il tema è stato affrontato in passato da F. VIGANÒ, *L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti-giuridicità del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, n. 3, 1062 ss. e da F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1033 ss. Tra le trattazioni recenti, F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, in particolare 392-409 che si concentra sulla compatibilità della legalità delle norme sovranazionali con le garanzie qualitative di prevedibilità e controllabilità delle fonti scriminanti.

di soccorso in mare dei naufraghi e le fattispecie incriminatrici interne che possono essere integrate dalla condotta del comandante della nave che intervenga in soccorso e faccia ingresso nelle acque territoriali o nei porti nazionali.

Prima di intraprendere l'analisi è opportuno un avvertimento: una riflessione attinente a problemi di inter-legalità in materia penale non può certo prescindere dalla considerazione dell'irriducibile significato di garanzia della legalità penale per l'individuo². In questo scritto tale questione non sarà oggetto di esame dal momento che nelle ipotesi di intersezione di legalità esaminate la legalità "estranea" è extrapenale ed opera *in bonam partem*³.

2. Fattispecie penale e rilevanza delle norme straniere e sovranazionali.

La rilevanza di norme extrapenali prodotte in altri ordinamenti e l'applicazione delle stesse nel giudizio di responsabilità penale è questione di non facile soluzione. Il giudice è chiamato innanzitutto ad affrontare il nodo dell'efficacia normativa nell'ordinamento interno della norma "estranea" verificando la sussistenza di norme di rinvio o coordinamento. In mancanza di queste ultime la norma "estranea" parrebbe restare relegata alla dimensione di mero fatto rispetto all'ordinamento ed essere quindi insuscettibile di entrare in conflitto con la norma incriminatrice interna⁴.

Il problema dell'efficacia normativa è più facilmente risolvibile con riguardo alle norme sovranazionali che con riferimento alle norme straniere: gli artt. 10, 11 e 117 Cost. vincolano il nostro ordinamento all'osservanza, rispettivamente, del diritto internazionale generale, del diritto eurounitario e del diritto internazionale pattizio. A fronte di norme sovranazionali vincolanti in astratto, il giudice è tenuto comunque ad accertarne la rilevanza in

² Per una riflessione sul significato del *nullum crimen, nulla poena sine lege* nei contesti di inter-legalità, A. DI MARTINO, *Inter-legality and Criminal Law*, in J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (a cura di), *The challenge of inter-legality*, Cambridge, 2019, 250 ss.

³ Deve sottolinearsi peraltro che le norme sul diritto e sul dovere, per quanto originate in un settore diverso da quello penale e destinate a produrre un effetto *in bonam partem*, interagiscono con la legalità penale contribuendo a delimitare il confine tra ciò che è illecito e sanzionato penalmente e ciò che, invece, alla luce di una valutazione globale dell'ordinamento giuridico, è giuridicamente lecito. Per poter fornire un parametro normativo di qualificazione alternativo a quello costituito dalla fattispecie incriminatrice, pertanto, esse devono essere formulate in modo preciso e determinato in modo che la giustificazione risulti controllabile e prevedibile. Sul tema già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 24 ss.; A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 631 ss. Il dibattito in dottrina ha riguardato anche l'eventuale sussistenza di un vincolo di fonte idonee del diritto o del dovere scriminante; su di esso recentemente F. CONSULICH, *op. cit.*, 421 ss.

⁴ F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 627 ss., secondo il quale «un ordinamento può entrare in rapporti con altri solo nel senso che mediante norme di rinvio può fare propri i contenuti normativi di questi».

concreto rispetto al fatto; quindi, ad identificare l'eventuale contrasto con la fattispecie incriminatrice e a "conciliarlo" con le modalità più indicate a seconda della situazione. Potrebbe riscontrare infatti un conflitto normativo solo "in astratto", che impedisce di applicare la fattispecie incriminatrice al caso concreto – ad esempio perché illegittima – ed esige di essere risolto attraverso l'interpretazione conforme della fattispecie, la disapplicazione o la proposizione di una questione di legittimità costituzionale. Oppure può rinvenire un conflitto normativo "in concreto" che gli richiede, a fronte dell'astratta possibilità di applicare entrambe le norme al caso concreto, di valutare quale delle due debba prevalere – perché ad esempio esprime un valore preminente in quella data situazione.

Con riguardo alle norme straniere la questione che il giudice deve preliminarmente affrontare, non risolvibile una volta per tutte, è la seguente: pur essendo prive di efficacia normativa generale nell'ordinamento, possono darsi casi in cui le stesse siano rilevanti per la qualificazione del fatto sussunto sotto la fattispecie incriminatrice di diritto interno?

Può essere utile compiere un tentativo di sistematizzazione delle ipotesi di rilevanza della norma straniera distinguendo quelle in cui l'osservanza della stessa pare rilevare solo come fatto che condiziona il processo motivazionale interno al soggetto, suscettibile di influire nel giudizio di colpevolezza o sulla personalizzazione della pena, da quelle in cui la stessa sembra concorrere con le norme interne a qualificare il fatto dando origine ad una vera e propria situazione inter-legale suscettibile di riverberarsi sul giudizio di tipicità o di antiggiuridicità.

2.1 Tassonomia delle ipotesi di rilevanza della norma straniera. Fatto commesso nel territorio nazionale da un soggetto straniero.

I principi di obbligatorietà della legge penale sul territorio e di giurisdizione territoriale di cui rispettivamente agli artt. 3 e 6 c.p. inducono ad escludere la rilevanza della norma straniera, invocata dal soggetto in quanto vigente nel proprio ordinamento di appartenenza, nell'ambito del giudizio penale sul fatto realizzato in Italia. Se il fatto è sanzionato penalmente dall'ordinamento ciò significa che esso è lesivo dei valori fondamentali della società; la qualificazione di estraneità dell'autore non può pertanto essere idonea a sottrarlo alla qualificazione penale dell'ordinamento nazionale, a maggior ragione nei casi di giurisdizione

territoriale che costituisce l’emblema della sovranità statale⁵, e ad attrarlo sotto l’eventuale qualificazione di liceità dell’ordinamento straniero.

In questi casi non sembra sussistere un conflitto tra norma interna e norma straniera qualificabile come situazione di inter-legalità: si può dubitare che l’estraneità del soggetto costituisca un elemento idoneo a rendere applicabile la legge straniera. Saremmo piuttosto di fronte ad un conflitto tra doveri appartenenti a diversi e separati ordinamenti giuridici⁶, quello di appartenenza soggettiva e quello del *locus commissi delicti*, rilevante solo nella misura in cui influisce sulla capacità del soggetto di orientarsi rispetto al precetto penale. L’aver realizzato un fatto che si ignorava fosse penalmente illecito in quanto tale non è secondo l’ordinamento di appartenenza può costituire così una circostanza rilevante ai fini del giudizio di colpevolezza – in particolare per valutare l’eventuale scusabilità dell’errore sulla legge penale ai sensi dell’art. 5 c.p. – e della personalizzazione della pena.

La questione della rilevanza delle norme straniere rispetto a fatti commessi in Italia si è posta specialmente con riguardo allo straniero che si conformi a norme culturali, religiose, sociali che qualifichino il medesimo fatto sanzionato penalmente dall’ordinamento interno come lecito o addirittura doveroso⁷. Tali norme vengono invocate anche con efficacia scriminante rispetto a certi delitti, soprattutto in ambito familiare⁸. Per quanto si tratti spesso di norme *ab origine* extragiuridiche la relativa osservanza è rilevante sul piano della valutazione di anti-giuridicità in quanto può costituire espressione dell’esercizio di un diritto giuridicamente rilevante – e oltretutto costituzionalmente tutelato – come il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e la propria religione⁹. Così costruito, peraltro, il conflitto tra norma culturale

⁵ Il criterio di giurisdizione territoriale trova giustificazione del resto nell’effettività del sistema penale. Sui criteri di giurisdizione M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 381 ss.

⁶ Sulla distinzione tra conflitti propri e impropri a seconda che riguardino il medesimo ordinamento giuridico o altri ordinamenti, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963. Sul tema del conflitto di doveri, definito come “il conflitto tra il dovere di astenersi dalla commissione di un fatto penalmente rilevante e l’opposto dovere di compiere il fatto medesimo, in presenza di particolari circostanze”, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, passim e 476.

⁷ Sul tema C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, spec. 159 ss. con riguardo ai possibili profili di rilevanza della motivazione culturale rispetto alle categorie della teoria del reato; F. BASILE, *Immigrazione e reati “culturalmente motivati”*. *Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, cit.; F. PARISI, *Cultura dell’altro e diritto penale*, Torino, 2010.

⁸ Di recente Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613, con riguardo ai toccamenti dei genitali del figlio in tenera età realizzati dal padre, facenti parte, secondo la difesa, di una pratica culturale adottata in alcune zone rurali dell’Albania espressiva di un augurio di prosperità.

⁹ Cass. I 31 marzo 2017 n. 24084, sull’invocazione della libertà di religione rispetto al porto d’armi da parte di un soggetto di religione Sikh che portava con sé il *kirpan*, coltello simbolico dell’appartenenza a tale religione.

e norma interna risulta tutto interno all'ordinamento e la sua soluzione passa per la delimitazione del contenuto dei diritti di cui agli artt. 19 e 21 Cost.

Simile scenario sembra porsi anche nel caso di un soggetto che realizzi sul territorio italiano un fatto penalmente rilevante nell'adempimento di un dovere giuridico impostogli dal proprio ordinamento di appartenenza. Ad esempio, nel noto caso Abu Omar¹⁰ in cui degli agenti dei servizi di sicurezza americani hanno invocato la scriminante dell'adempimento del dovere rispetto al fatto di sequestro di persona sulla base della doverosità nell'ordinamento statunitense della c.d. *extraordinary rendition* – ossia la procedura extragiudiziale di consegna di presunti terroristi a paesi stranieri per provvedere al relativo interrogatorio e alla relativa detenzione. La Cassazione ha affermato che

«alla stregua di quanto disposto dall'art. 6 c.p., non può revocarsi in dubbio che il parametro normativo al quale riferirsi, sia per individuare il contenuto del 'dovere', sia per verificare la legittimità dell'ordine impartito, debba essere ricercato nell'ordinamento italiano».

È interessante notare che la Cassazione, pur negando in principio l'astratta efficacia precettiva della norma straniera, ne esclude l'idoneità a fondare una situazione giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 51 c.p. o a rendere il fatto atipico in ragione della relativa incompatibilità con i valori costituzionali, più che dell'irrelevanza *a priori* per l'ordinamento. Sempre nel caso Abu Omar afferma:

«può invero darsi per certo che tale pratica sia consentita secondo le leggi di quel paese; e se ne può anche trarre la conseguenza che, qualora l'esecuzione di una *rendition* sia ad essi ordinata, gli agenti del servizio segreto americano siano tenuti verso i propri superiori ad eseguirla; ma ciò non li scrimina di fronte alla legge italiana, secondo la quale “la libertà personale è inviolabile” e “non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge” (art. 13 Cost.); con l'ovvio corollario per cui non può esservi dovere istituzionale, né ordine specifico proveniente da qualsiasi autorità diversa da quella giudiziaria, che possa legittimamente imporre a chicchessia l'obbligo di privare una persona della sua libertà: onde, se il fatto così realizzato è conforme – come è nella fattispecie – al modello descrittivo di cui all'art. 605 cod. pen., ne consegue la responsabilità dell'agente, senza che sia invocabile la causa di giustificazione di cui si discute».

Le medesime ambiguità possono riscontrarsi nei casi riguardanti norme straniere di carattere culturale, religioso e sociale invocate con efficacia scriminante. In definitiva, i giudici sembrano ritenere che la norma straniera sia irrilevante non *a priori* ma solo quando ponga in pericolo diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e, in particolare, un valore supremo come la dignità della persona, secondo una valutazione direttamente svolta dal giudice

¹⁰ Cass. V, 11 marzo 2014, n. 39788, Abu Omar.

comune¹¹. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento potrebbe forse sostenersi che la norma straniera invocata dal soggetto agente spieghi efficacia normativa nell'ordinamento ogniqualvolta la sua applicazione non comprometta valori fondamentali ma interferisca con fattispecie bagatellari che tutelano interessi sacrificabili a fronte di quello all'osservanza della norma straniera.

Il limite assiologico all'ingresso delle norme straniere viene peraltro eretto dalla giurisprudenza anche per negarne la rilevanza sul piano della valutazione dell'elemento soggettivo del reato: una norma straniera in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento nemmeno potrebbe essere presa in considerazione come elemento fattuale per valutare la scriminante putativa, l'esclusione del dolo, l'attenuazione della pena. Tale soluzione *tranchant* forse si rivela eccessivamente rigorista nella misura in cui impedisce ogni valutazione circa la rilevanza della norma nell'ambito del conflitto motivazionale che ha determinato l'azione delittuosa; tanto più qualora la norma qualifichi il comportamento come doveroso¹².

2.2. Fatto commesso nel territorio nazionale caratterizzato da elementi normativi qualificabili dalla legge straniera.

Un'ipotesi controversa di conflitto inter-legale riguarda la sussistenza nella fattispecie contestata di elementi normativi extrapenali qualificabili secondo la legge straniera in conseguenza dell'estraneità rispetto all'ordinamento interno dei rapporti giuridici sottostanti.

Si pensi al caso in cui l'elemento normativo extrapenale sia qualificabile sulla base della legge straniera secondo il diritto internazionale privato. Un problema di inter-legalità si pone se si ritiene che il richiamo alla legge straniera da parte del diritto internazionale privato

¹¹ Così afferma la Cassazione: «nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni ad essi collegati tutelati dalle fattispecie penali), che costituiscono *uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi, costumi che tali diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero, pongano in pericolo o danneggino*» (Cass. III, 20 novembre 2019, n. 7590; 29 gennaio 2018 n.29613; 5 giugno 2015, n. 37364; 31 maggio 2017, n. 53135).

¹² F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit., 660 ss. tende a sottolineare la differenza tra diritto e dovere nel senso che l'imposizione di un dovere si traduce in una situazione di non esigibilità per il destinatario, mentre l'attribuzione di un diritto non esclude la libera scelta del titolare. *De iure condendo* prospetta così la rilevanza dell'osservanza del dovere imposto da un ordinamento straniero come causa soggettiva di esclusione della punibilità, alla stregua di quanto previsto dall'art. 51, ult. co. c.p. per il caso di insindacabilità dell'ordine illegittimo. Le osservazioni dell'Autore, peraltro, sono circoscritte ai casi di giurisdizione extraterritoriale della legge penale italiana.

operi anche qualora lo stesso sia funzionale a qualificare un elemento normativo della fattispecie penale.

La questione è stata affrontata in un recente caso giurisprudenziale in cui era contestata la fattispecie di sottrazione e trattenimento di minore all'estero di cui all'art. 574-*bis* c.p.¹³ al padre che aveva portato con sé in Pakistan i propri figli minori di nazionalità pakistana impedendo alla madre l'esercizio della potestà genitoriale. Per risolvere questo caso è necessario stabilire se gli elementi normativi della "sottrazione del minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale" e dell'"impedimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale" debbano essere qualificati sulla base dell'ordinamento italiano avente giurisdizione ai sensi dell'art. 6 c.p. oppure dell'ordinamento straniero – nella specie pakistano – chiamato a regolare i rapporti familiari, in quanto legge nazionale dei figli, dall'art. 36 della l. 31 maggio 1995 n. 218 di diritto internazionale privato.

La legge pakistana riserva al padre ogni decisione riguardante la potestà sui figli per cui, ove fosse applicabile, la scelta dell'imputato di condurre i figli in Pakistan al suo seguito non integrerebbe una "sottrazione" né impedirebbe l'esercizio della potestà genitoriale materna – insussistente secondo la legge pakistana – o comunque costituirebbe manifestazione di un diritto che la legge pakistana riconosce al padre.

La soluzione della Cassazione di escludere la rilevanza normativa della legge pakistana ai fini del giudizio di responsabilità penale pare condivisibile nel risultato ma lascia alcuni dubbi con riguardo al metodo.

Deve infatti criticarsi l'idoneità dell'affermazione della Corte, secondo cui le norme di diritto internazionale privato «sono dirette ad individuare la legge applicabile nel proprio ambito di disciplina ovvero nei rapporti tra privati», ad escludere l'applicazione della legge pakistana: anche nel caso di specie, le norme di diritto internazionale privato richiamerebbero la legge straniera non in quanto legge penale bensì come norma extrapenale applicabile ai rapporti privatistici a loro volta integranti la tipicità della fattispecie. La Corte avrebbe potuto semmai escludere il richiamo per violazione dei limiti posti dall'ordinamento all'ingresso della legge straniera: la stessa legge di diritto internazionale privato prevede che la norma straniera

¹³ Ci si può domandare a tal proposito se, qualora il fatto di reato presenti degli elementi normativi riferibili a rapporti giuridici dotati di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno, la legge di diritto internazionale privato n. 218/1995 o le convenzioni di diritto internazionale privato possano rendere rilevanti norme straniere ai fini della valutazione di tipicità del fatto o, come interessa in questa sede, di anti giuridicità., Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2019, n. 7590, in Banca dati *Dejure*.

non trovi applicazione ove sia violato il limite dell'ordine pubblico (art. 16 l. 218/1995) – in questo caso rinvenibile nel principio di eguaglianza dei coniugi anche nei rapporti con i figli, di cui agli artt. 29 e 30 Cost. – e qualora le norme interne concorrenti con quelle straniere nella qualificazione del rapporto siano “ad applicazione necessaria”, come, ai sensi dell'art. 36-*bis* l. 218/1995, le norme che attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale.

Oltretutto, ad escludere la legge pakistana sarebbe stata dirimente già la corretta descrizione del fatto. Consistendo nel trasferimento del minore in un paese differente da quello di residenza, non in un “mero” atto di esercizio della potestà genitoriale, esso andrebbe qualificato, come la stessa Cassazione ammette, secondo la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori la quale all'art. 3 individua nella legge dello Stato in cui il minore aveva la propria residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento (nel caso di specie, l'Italia) la legge da applicare per valutare l'eventuale illiceità del fatto.

2.3 Fatto (anche solo parzialmente) extraterritoriale e limiti territoriali delle norme prevenzionistiche integratrici della colpa.

L'efficacia normativa del diritto straniero pare forse più facilmente affermabile con riguardo al fatto realizzato sul territorio estero privo della qualificazione di illiceità penale secondo l'ordinamento straniero.

L'esame di tale ipotesi interseca il dibattito sulla necessità della “doppia qualificazione penale” – sia secondo l'ordinamento interno sia secondo l'ordinamento straniero – ai fini della punizione del fatto commesso fuori del territorio nazionale¹⁴; come anche quello, in parte connesso, sulla rilevanza del luogo di realizzazione del fatto rispetto alla giuridicità della norma penale e all'efficacia precettiva della fattispecie¹⁵.

¹⁴ Sul tema già I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1962, 998 ss. Più recentemente D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur.*, 1999, 148 ss. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006, *passim*.

¹⁵ Il tema è stato affrontato da F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963; più recentemente A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit.; D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, 579 ss.

Si discute infatti se l'applicazione della legge italiana ai fatti commessi all'estero da cittadini o stranieri ai sensi degli artt. 9 e 10 c.p.¹⁶ sia subordinata al requisito della doppia incriminazione; ossia alla previsione del fatto come reato tanto nell'ordinamento italiano, quanto nell'ordinamento straniero in cui il fatto è realizzato. La rilevanza della *lex loci* per la valutazione dei fatti realizzati all'estero pare necessaria per assicurare tanto il rispetto del principio di sovranità territoriale, quanto la *ratio* garantistica del principio di legalità in materia penale, volta a consentire al soggetto di determinare il proprio comportamento sulla base della prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni¹⁷.

La questione dell'efficacia normativa del diritto straniero e dell'integrazione di conflitti inter-legali si può porre anche in taluni casi di giurisdizione territoriale fondata sul principio ubiquitario di cui all'art. 6, co. 2, c.p. secondo cui il *locus commissi delicti* può determinarsi tanto con riguardo al luogo di realizzazione della condotta, quanto con riferimento al luogo di verifica dell'evento. Si pensi alle fattispecie colpose d'evento ove la condotta sia commessa all'estero e l'evento non voluto si verifichi successivamente nel territorio italiano di talché è nel territorio straniero – e quindi secondo le leggi ivi vigenti – che il soggetto ha orientato il proprio comportamento e agito. Rispetto a queste ipotesi risulta cruciale stabilire se l'elemento normativo che integra la tipicità colposa, ossia l'inosservanza della regola cautelare generica o specifica volta ad impedire l'evento, debba essere regolato dal diritto del luogo in cui è realizzata la condotta o da quello del luogo in cui si verifica l'evento non voluto. A favore di una risposta positiva milita l'osservanza dei principi di legalità e prevedibilità in materia penale¹⁸.

¹⁶ Maggiori dubbi riguardano il rispetto della doppia incriminazione per i casi di giurisdizione extraterritoriale fondata sul criterio della difesa di cui agli artt. 7 e 8 c.p. Sul tema D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, cit., 148 ss.

¹⁷ Sul tema A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 120 ss. Recentemente riconosce la problematica anche Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, su cui T. TRINCHEA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, n. 4, 1392 ss.

¹⁸ Si ricorda che recentemente le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno riconosciuto che la legge penale applicabile al fatto nei reati caratterizzati da uno "iatio temporale" tra la condotta e l'evento sia quella vigente al momento della realizzazione della condotta. Il *tempus commissi delicti* ai fini dell'individuazione della legge penale applicabile in caso di successione di leggi nel tempo ai sensi dell'art. 2 c.p. va quindi individuato nel momento in cui viene realizzata la condotta, e non in quello in cui si verifica l'evento, a garanzia dell'individuo dal momento che «è la condotta il punto di riferimento temporale essenziale a garantire la "calcolabilità" delle conseguenze penali e, con essa, l'autodeterminazione della persona: ed è a tal punto di riferimento temporale che deve essere riconnessa l'operatività del principio di irretroattività ex art. 25 Cost.» (Così Cass. Sez. Un. 19 luglio 2018, n. 40986, § 7.1). La Cassazione ricorda comunque come invece l'art. 6 c.p. accolga un criterio alternativo ai fini della determinazione del *tempus commissi delicti* a legittimazione del criterio ubiquitario di giurisdizione territoriale (§ 6.2). Peraltro, le stesse argomentazioni della Corte a favore del criterio della condotta per il caso in cui sussista uno "iatio temporale" tra condotta ed evento possono essere riproposte per il caso in cui sussista tra gli stessi uno "iatio spaziale".

Simile interrogativo è stato recentemente affrontato dalla giurisprudenza con riguardo alla configurabilità della responsabilità amministrativa da reato prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 in capo all'ente che abbia la propria sede principale all'estero ma che si trovi ad operare anche in Italia e ivi sia commesso, nel suo interesse o vantaggio, il reato della persona fisica soggetto apicale o sottoposto di cui l'ente è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 231/2001.

L'art. 4 d.lgs. 231/2001¹⁹ prevede la giurisdizione italiana rispetto all'illecito dell'ente avente la "sede principale" nel territorio dello Stato anche qualora il reato nel suo interesse o a vantaggio sia commesso all'estero. Nulla dice invece dell'ipotesi del reato territoriale realizzato nell'interesse o vantaggio di un ente privo di sede principale nel territorio dello Stato per cui ci si è interrogati sulla sussistenza della giurisdizione italiana anche per questo caso.

La risposta dipende dall'orientamento sostenuto circa la struttura dell'illecito dell'ente. Il "confinamento" all'estero del fatto dell'ente e la sua valutazione alla stregua delle norme ivi vigenti è più agevolmente sostenibile se si ritiene l'autonomia dell'illecito dell'ente rispetto a quello della persona fisica e se ne individua la tipicità nell'inosservanza di una condotta diligente – l'adozione e attuazione dei modelli prevenzionistici richiamati dalla legge – idonea ad impedire il reato della persona fisica²⁰.

Ove si aderisca a questa opzione, la commissione in Italia del reato della persona fisica nell'interesse o a vantaggio dell'ente non potrebbe fondare, in assenza di un'espressa previsione di legge in tal senso, la giurisdizione italiana anche rispetto al fatto, autonomo, dell'ente che abbia la propria sede principale all'estero. Proprio l'art. 4 d.lgs. 231/2001 fissando il criterio giurisdizionale della sede principale dell'ente costituirebbe espressione della scelta legislativa di individuare il *locus commissi delicti* ai fini della giurisdizione nei confronti dell'illecito dipendente da reato nel luogo in cui si è verificato il difetto di organizzazione²¹.

¹⁹ Per un commento sulla dimensione internazionale della responsabilità dell'ente si rimanda, anche per la dottrina ivi citata a G. DI VETTA, *Commento art. 4 (Reati commessi all'estero)*, in AA. VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, 2019, 62 ss. Si veda anche S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 91 ss.

²⁰ Tra i vari O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino 2010, 3 ss. Sul modello unitario, in particolare per la tesi della fattispecie plurisoggettiva, C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano 2009, 277 ss. e recentemente ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. Dir. pen. ec.*, 2018, n.1-2, 175 ss.

²¹ P.M. GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/01: compatibilità e incompatibilità*, in *Rivista 231*, 2012, 22.

La giurisdizione italiana sembrerebbe dover essere negata, inoltre, per i limiti territoriali dell'illecito derivanti dalla tipicità colposa; ossia per l'impossibilità di riconoscere efficacia precettiva alle norme prevenzionistiche interne nei confronti della condotta di organizzazione tenuta all'estero.

Da questa prospettiva il fatto dell'ente in esame non sarebbe equiparabile al fatto commesso in Italia da un soggetto che agisce secondo le norme del proprio ordinamento di appartenenza, irrilevanti ai sensi dei principi di obbligatorietà della legge penale e di giurisdizione territoriale. Esso sarebbe un fatto realizzato all'estero da un soggetto tenuto ad agire secondo il diritto ivi vigente e quindi qualificabile alla stregua di quest'ultimo. E non potrebbe essere altrimenti in quanto il fatto dell'ente si pone come illecito "territorialmente limitato" in ragione della limitata efficacia spaziale nelle norme prevenzionistiche che integrano il precetto²².

La Cassazione²³ non ha però fatto propri tali argomenti. Nel ritenere del tutto indifferente il fatto che l'ente abbia la propria sede principale all'estero e si sia organizzato sulla base delle norme ivi vigenti, i giudici hanno trascurato le peculiarità strutturali della tipicità colposa e le sue affinità con la tipicità dell'illecito dell'ente. Si sono così limitati ad affermare che, come per le persone fisiche, anche per le persone giuridiche i principi di territorialità e obbligatorietà della legge penale italiana rendono del tutto irrilevante nel giudizio di responsabilità l'aver agito conformemente al diritto dell'ordinamento di appartenenza.

3. La rilevanza della norma sovranazionale ai sensi dell'art. 51 c.p.

La rilevanza della norma sovranazionale vincolante nel giudizio di responsabilità penale si pone ormai sempre più spesso all'attenzione del giudice²⁴. Dato il suo carattere

²² In questo senso, G. DI VETTA, *op. cit.*, 90, riprendendo le teorie sui limiti territoriali della tipicità di A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 125 e D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, cit., 585.

²³ Cass., VI, 11 febbraio 2020, n. 11626. Sul tema si erano espresse i tribunali di merito tra cui recentemente Trib. Lucca sez. III 31 luglio 2017, n. 222, Gatz Rail Austria GmbH ed altri, in www.giurisprudenzapenale.it, 20 agosto 2017, con commento di M. RICCARDI, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto "nazionale"*, in *Giur. pen.*, 2018, n. 1, e per la prima volta Trib. Milano 27 aprile 2004, Siemens A.G., in *Foro it.*, 2004, II, 434.

²⁴ Il dibattito recente sul tema è vasto. Si rimanda per i relativi riferimenti a A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 7 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 481 ss. e ID., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 167 ss.

vincolante per l'ordinamento essa è astrattamente idonea a fondare situazioni di inter-legalità, salvo l'accertamento della relativa rilevanza in concreto rispetto al caso.

Nel domandarsi in che termini la norma sovranazionale sia rilevante rispetto alla qualificazione del caso e debba trovare applicazione il giudice è chiamato a valutare, a seconda della relativa portata precettiva, sotto quale profilo – la tipicità, l'antigiuridicità, la colpevolezza – la stessa influisca sul giudizio di responsabilità penale. La norma extrapenale sovranazionale che preveda un diritto o un dovere, ad esempio, sarà plausibilmente presa in considerazione come causa di giustificazione idonea ad escludere l'antigiuridicità del fatto tipico di reato ai sensi dell'art. 51 c.p.²⁵

Il tema merita una riflessione: l'applicazione dell'art. 51 c.p. costituisce ormai un paradigma della permeabilità del diritto interno alle norme sovranazionali che riconoscono diritti in capo all'individuo e dei conseguenti effetti riduttivi prodotti dal diritto sovranazionale rispetto all'area del penalmente rilevante definita dal legislatore nazionale²⁶. Vi è però il rischio che l'art. 51 c.p. divenga un *passe-partout* per le norme extrapenali sovranazionali e così sia applicato anche a situazioni diverse dal conflitto tra la fattispecie penale e la norma liceizzante o cogente sotteso alla scriminante in esame.

Come si vedrà all'esito di una breve digressione sulla portata dell'art. 51 c.p. nel diritto interno, la disposizione trova applicazione nei confronti di un conflitto "in concreto" tra la norma penale e quella extrapenale. Inoltre, la norma extrapenale deve soddisfare i requisiti di determinatezza e diretta efficacia per poter spiegare efficacia scriminante rispetto ad un fatto tipico di reato.

3.1 L'art. 51 c.p. come norma sul conflitto "in concreto".

Il fondamento dell'art. 51 c.p. è rinvenuto nel principio dell'interesse prevalente di chi agisce nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere legalmente riconosciuti e, sul piano logico-giuridico, nel principio di non contraddizione. Quest'ultimo esclude che all'interno del medesimo ordinamento uno stesso fatto possa ricevere una duplice e confliggente qualificazione e che, in particolare, possa essere ritenuto al contempo penalmente illecito e

²⁵ Per i riferimenti manualistici alle cause di giustificazione si rimanda a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, 255 ss. e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, 233 ss. Quest'ultimo è fautore della minoritaria teoria bipartita, che considera le scriminanti come elementi oggettivi negativi della fattispecie criminosa e ne colloca la valutazione nello stadio della tipicità del fatto.

²⁶ F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss. e ID., *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di antigiuridicità del fatto tipico*, cit.

meritevole di tutela²⁷. L'art. 51 c.p. postula dunque un'intersezione tra la legalità penale incriminatrice e la legalità extra-penale da risolvere con l'applicazione di quella prevalente tra le due.

Diverse opinioni sono state formulate sulla portata della disposizione: in assenza di un'espressa indicazione dei parametri per la risoluzione del conflitto normativo, da una parte si è ritenuto che la norma sia meramente dichiarativa in quanto presuppone già risolto il conflitto tra la norma autorizzativa o cogente e la norma incriminatrice sulla base dei rapporti logico-formali che intercorrono tra le stesse²⁸; dall'altra, si è sostenuto che l'art. 51 c.p. stesso sia una metanorma che risolve il conflitto tra norma incriminatrice e norma extra-penale in favore di quest'ultima in quanto assiologicamente prevalente²⁹.

A parere di chi scrive l'art. 51 c.p. non è norma meramente ricognitiva di criteri risolutivi formali altrove definiti. Essa risolve i casi – altrimenti irrisolvibili – di conflitto tra la norma incriminatrice e la norma extrapenale sul diritto o sul dovere che siano entrambe formalmente valide secondo il settore/sistema di provenienza e applicabili al caso da regolare; nonché espressione, ciascuna, di valori accettati o promossi dall'ordinamento. Ossia i casi in cui le norme interferiscono soltanto in relazione alla vicenda concreta dal momento che il medesimo fatto ricade sia nel contenuto del diritto o del dovere sia nella tipicità del fatto di reato e risulta conseguentemente oggetto di qualificazioni incompatibili³⁰.

Il conflitto in astratto tra le fonti normative deve essere risolto secondo i criteri formali cronologico, gerarchico e di specialità la cui operatività precede la valutazione ai sensi dell'art. 51 c.p. Il conflitto “solo” in concreto³¹, invece, deve essere risolto, ai sensi dell'art. 51 c.p. sulla base del criterio della gerarchia assiologica³² che esige di considerare e bilanciare i principi sottesi alle norme confliggenti. Il ricorso a tale criterio consiste nel dare preferenza applicativa

²⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 271; F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit., 627.

²⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 272, e F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit., 628 ss.

²⁹ A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, spec. 145 ss.

³⁰ Tali affermazioni potrebbero apparire poco meditate e troppo assertive. Non essendo possibile sviluppare in questa sede compiutamente gli argomenti per superare l'orientamento tradizionale sulla funzione dell'art. 51 c.p., si rimanda al lavoro di A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, già citato, di cui si condividono, in particolare, le argomentazioni a sostegno della *pars destruens* della concezione descrittiva dell'art. 51 c.p. (43 ss.).

³¹ Per una classificazione delle antinomie normative e, in particolare, per la distinzione tra antinomia in astratto – che riguarda il caso in cui le norme attribuiscono conseguenze incompatibili ad una medesima classe di fattispecie – e antinomia in concreto – con riferimento all'ipotesi in cui le conseguenze incompatibili riguardano il medesimo fatto concretamente realizzato –, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 105 ss.

³² F. CONSULICH, *op. cit.*, 87 ss.

alla norma assiologicamente prevalente senza che ciò determini l'invalidità o l'abrogazione della norma recessiva³³.

Si discute se la preminenza assiologica di una norma sull'altra sia una volta per tutte stabilita dal legislatore, che con l'art. 51 c.p. avrebbe definitivamente risolto il bilanciamento in favore della norma sul diritto e della norma sul dovere³⁴ o se, invece, essa debba essere di volta in volta valutata dal giudice in relazione al caso concreto³⁵.

Secondo chi scrive, quest'ultima dovrebbe essere la soluzione preferibile e, probabilmente, anche necessaria. L'art. 51 c.p., nell'affermare che «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere [...] esclude la punibilità», non implica che la norma sul diritto o sul dovere prevalga in ogni caso sulla norma incriminatrice. Come già ribadito, l'interazione nel caso concreto è il *quid proprium* del conflitto tra norma incriminatrice e norma sul diritto o sul dovere. E se è vero che quest'ultima ha una propria *ratio* e funzione a prescindere dall'interazione con la norma penale³⁶ – di talché la funzione di giustificazione viene in rilievo solo eventualmente, quando l'attività permessa o doverosa integri al contempo un fatto sanzionato – la prevalenza della norma permissiva o cogente rispetto alla norma incriminatrice deve necessariamente essere argomentata sulla base della specifica interazione delle due norme nel caso concreto.

Per chiarire tali affermazioni consideriamo un caso paradigmatico di applicazione dell'art. 51 c.p. nel diritto interno: un giornalista pubblica un articolo contenente una critica agguerrita nei confronti di un certo personaggio pubblico. La sua condotta può integrare la fattispecie di diffamazione in quanto ha leso l'onore e la reputazione altrui. D'altra parte, però, sembra concretare l'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato: il diritto di manifestazione del pensiero e, in particolare, il diritto di critica giornalistica.

Ora, l'art. 21 Cost. è astrattamente compatibile con l'art. 595 c.p., che incrimina il delitto di diffamazione. A tal proposito può dirsi che le disposizioni svolgono funzioni differenti

³³ Con riferimento alla perdurante attualità della funzione ordinante del criterio gerarchico tra fonti o norme, e il contestuale riconoscimento del ruolo dell'interprete nella sua applicazione, G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, 2008, 288 ss. e ID., *La gerarchia delle fonti del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2011, XVI, 19-56.

³⁴ Si vedano in proposito le osservazioni di F. CONSULICH, *op. cit.*, 94, che parla di “criterio astratto e predeterminato rispetto al caso concreto” e A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., *passim*, spec. 161 ss., che ritiene prevalente la norma sul diritto in ragione del principio di sussidiarietà del diritto penale e di tutela della libera autodeterminazione dell'individuo.

³⁵ In questo senso sembra G.A. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Bologna, 2019, 78.

³⁶ In questo senso, già, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1190 ss., spec. 1237, concludendo però in favore della prevalenza “stabile” della norma sul diritto o sul dovere.

e trovano entrambe giustificazione nel sistema di valori costituzionali. L'art. 595 c.p., del resto, non incrimina di per sé qualunque manifestazione del pensiero, bensì, soltanto quella lesiva dell'altrui dignità, ossia di un altro fondamentale valore costituzionale. Inoltre, tra le due norme non è chiaramente identificabile un rapporto di genere a specie, e non solo sul piano strutturale: costituendo espressione di un altro valore costituzionale, la dignità della persona, presidiata dall'art. 2 Cost., difficilmente l'art. 595 c.p. può essere ritenuto una specificazione dell'art. 21 Cost.

L'articolo giornalistico, benché costituisca manifestazione della libertà di espressione e svolga la fondamentale funzione di informare la collettività, può nondimeno offendere l'altrui dignità e risultare meritevole di pena ai sensi dell'art. 595 c.p. In particolare, per stabilire se il diritto prevalga, il giudice è tenuto a verificare in concreto le modalità di realizzazione del fatto secondo il test, ormai consolidato nella giurisprudenza, del controllo di verità, pertinenza e continenza della notizia³⁷. Una simile verifica non incide sulla validità ed efficacia dell'art. 21 Cost. o dell'art. 595 c.p.; essa si limita semmai a consentire l'individuazione della norma prevalente nel caso concreto. Operazione il cui esito resta aperto alla valutazione giudiziale, alla luce del rispetto delle condizioni ricordate, circa la preminenza della tutela della libera informazione o della dignità della persona, *sub specie* di reputazione.

Ove invece si ritenga che l'art. 595 c.p. si ponga in contrasto già sul piano astratto con l'art. 21 Cost., diverso sarebbe il rimedio da attuare: non l'applicazione dell'art. 51 c.p., sulla base della preminenza in concreto del diritto di manifestazione del pensiero rispetto alla reputazione, bensì la proposizione di una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 21 Cost. Questo sarebbe il rimedio più idoneo, ad esempio, qualora si riconoscesse che la costruzione della fattispecie o la previsione del relativo trattamento sanzionatorio, già in astratto, definiscano un bilanciamento irragionevole tra i beni coinvolti della libertà di espressione e della tutela della reputazione³⁸.

Il conflitto concreto tra libertà di manifestazione del pensiero e diffamazione non può accettare dunque, per ragioni fisiologiche, una soluzione univoca e predeterminata. La

³⁷ Condizioni cristallizzate a partire dalla c.d. "sentenza decalogo" Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, *Foro it.*, 1984, I, 2711 ss., con nota di R. PARDOLESI.

³⁸ Peraltro, questo è quanto è stato affermato recentemente dalla Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132, che ha riconosciuto l'inadeguatezza del bilanciamento realizzato dall'art. 595 c.p. sul piano del trattamento sanzionatorio tra libertà giornalistica e tutela della reputazione. Con l'innovativo strumento dell'ordinanza di rinvio della trattazione della questione di costituzionalità, la Corte ha concesso al legislatore un termine per riformare la disposizione prevedendo un nuovo bilanciamento tra i beni coinvolti costituzionalmente conforme.

giurisprudenza fa proprio il criterio della “gerarchia assiologica mobile”, favorevole alla realizzazione di un bilanciamento degli interessi sottesi alle norme in conflitto, anche in relazione alle modalità concrete di svolgimento del fatto³⁹ e verifica di volta in volta il rispetto dei limiti interni del diritto – cioè l’ambito di operatività dello stesso – e dei limiti esterni – ossia quelli posti a tutela di altri interessi a fondamento costituzionale. Così, può arrivare a giustificare la soccombenza del diritto ove esercitato in modo sproporzionato rispetto all’interesse da realizzare, anche in rapporto alla compressione del bene tutelato dalla fattispecie tipica: la manifestazione del pensiero, esercitata nell’ambito di un’attività nell’interesse della collettività quale quella giornalistica, qualora comporti in concreto un sacrificio eccessivo dell’altrui dignità – in quanto, ad esempio, vengano divulgate notizie false, prive di interesse pubblico, o in una forma non contenute – soccombe a fronte della norma penale a tutela della dignità della persona⁴⁰.

3.2 Ridefinizione dell’ambito di applicazione dell’art. 51 c.p. rispetto ai confini inter-legali. Tipologia del conflitto.

Simili considerazioni possono essere riproposte nelle situazioni di inter-legalità, ossia rispetto ai casi in cui la norma sul diritto o sul dovere potenzialmente applicabile al fatto provenga dall’ordinamento sovranazionale.

Anche per questi casi l’art. 51 c.p. trova applicazione soltanto quando il conflitto tra la norma interna e la norma sovranazionale si ponga in relazione al caso concreto tra norme entrambe valide ed efficaci; non quando sussista un conflitto tra fonti da risolvere attraverso predefiniti criteri formali⁴¹ sulla base delle norme di coordinamento inter-ordinamentale di cui agli artt. 10, 11 e 117 Cost.

Da questa prospettiva devono essere rivisitate alcune proposte di giurisprudenza e dottrina di inquadramento sotto l’art. 51 c.p. dei conflitti tra norma penale nazionale e norma sul diritto o sul dovere di diritto eurounitario o sovranazionale che paiono sovrapporre

³⁹ Per una panoramica anche F. VIGANÒ, sub *art. 51*, in *Codice penale commentato*, I a cura di E. DOLCINI, G.L. GATTA, Milano, 2015, 867 ss.

⁴⁰ Sono le condizioni della veridicità della notizia, dell’interesse pubblico e della continenza. Tendenzialmente la giurisprudenza ricorre all’individuazione di limiti interni e limiti esterni del diritto sulla base dell’esigenza di tutelare altri controinteressi anche di natura costituzionale. Recentemente, Cass. V, 11 febbraio 2020, n. 12485.

⁴¹ Sempreché un simile giudizio aprioristico di prevalenza sia ammissibile *tout court*. Proprio la teoria dell’inter-legalità invita a guardare in modo differente, dalla prospettiva del caso, anche ai conflitti normativi qui definiti “in astratto”, in quanto i criteri formali non risultano sempre risolutivi o comunque realizzano un assetto di interessi criticabile sul piano sostanziale. Si rimanda sul punto a G. PALOMBELLA, *Theories, Realities and Promises of Inter-legality: a Manifesto*, in *The Challenge of Inter-legality*, cit., 2019, 363 ss.

indebitamente la soluzione del conflitto ai sensi dell'art. 51 c.p. con la soluzione del conflitto ai sensi degli artt. 10, 11 e 117 Cost.

Consideriamo innanzitutto le norme eurounitarie. La dottrina ha subito inquadrato il rapporto tra norma penale interna e norma, allora definita comunitaria, sul diritto sotto l'art. 51 c.p.⁴² e ha giustificato la prevalenza della norma europea sulla norma interna sulla base della primazia dell'ordinamento dell'Unione e del conseguente potere-dovere del giudice di applicare direttamente le norme europee dotate di effetto diretto, con disapplicazione delle norme interne, secondo l'assetto riconosciuto ormai da tempo dalla giurisprudenza interna e dalla Corte di Giustizia⁴³. Da questa prospettiva l'art. 51 c.p. legittimerebbe o comunque rafforzerebbe l'operatività, sul piano del diritto penale, del meccanismo di disapplicazione normativa che regola il conflitto tra norme interne e norme di diritto UE⁴⁴. Per chi sostiene la tesi "dichiarativa" dell'art. 51 c.p. esso "accoglierebbe", insieme agli altri criteri logico-formali che governano il conflitto tra le norme, il criterio del primato della norma europea sulla norma interna⁴⁵. La produzione di un effetto restrittivo esclusivamente *in bonam partem* per l'imputato fugherebbe ogni dubbio circa il rispetto della legalità penale.

A dispetto di tali osservazioni il conflitto tra norma penale interna e norma eurounitaria sul diritto andrebbe esaminato di volta in volta e inquadrato sotto soluzioni differenti: talvolta come conflitto ai sensi dell'art. 51 c.p. tra norma di libertà e norma incriminatrice tra di loro compatibili ed entrambe applicabili al fatto; talaltra come conflitto di non conformità in astratto del precetto – o della norma extrapenale integratrice del precetto – rispetto al diritto eurounitario. Nel primo caso il giudice è chiamato ad applicare la norma ritenuta prevalente sulla base di una valutazione assiologica il cui esito, anche qualora determini la prevalenza della fattispecie incriminatrice interna, non pregiudica la primazia del diritto eurounitario in quanto non attiene al giudizio di compatibilità tra le norme in astratto ma a quello di prevalenza degli interessi sottostanti in concreto realizzati, inevitabilmente condizionato dalle concrete modalità di realizzazione del fatto. Nel secondo caso, invece, il giudice tendenzialmente dovrebbe

⁴² Già C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in M. CAPPELLETTI-A. PIZZORUSSO, (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, 623.

⁴³ C. Cost., Granital, 8 giugno 1984 n. 170, in *Foro it.*, 1984, I 2062 e CGUE, C-106/77, Simmenthal, 9 marzo 1978. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 165 ss.

⁴⁴ A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 243, secondo cui "l'esistenza dell'art. 51 c.p. permette di dare una forma giuridica consolidata, e senz'altro compatibile con i principi che governano la "materia penale", ai peculiari meccanismi attraverso i quali [...] si esprime la prevalenza del diritto comunitario sul diritto (anche penale) nazionale".

⁴⁵ F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1033 ss., che sottolinea come "l'effetto giustificante, al di là di ogni altro criterio di prevalenza tra norme, si produca in ragione del primato che la norma comunitaria può vantare rispetto alla fonte interna".

disapplicare la norma interna confliggente con il diritto eurounitario di cui è chiamato ad assicurare la primazia.

Così, non dovrebbero rilevare ai sensi dell'art. 51 c.p., ma dovrebbero essere risolti con la disapplicazione della fattispecie incriminatrice, quelle ipotesi di incompatibilità astratta tra la norma extrapenale integratrice del precetto e la norma eurounitaria. E ciò anche ove la norma eurounitaria autorizzi solo alcuni dei comportamenti puniti e quindi la fattispecie penale non possa essere disapplicata del tutto.

Si pensi alla questione della compatibilità della disciplina interna delle scommesse di cui all'art. 4 l. 401/1989 – che sanziona la raccolta e la gestione di scommesse da parte di soggetti privi dell'autorizzazione di polizia di cui all'art. 88 testo unico delle leggi di sicurezza (r.d. 773/1931) e della concessione amministrativa rilasciata dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS), entrambe richieste a tal fine – e le libertà di prestazione di servizi e stabilimento di diritto UE. La Corte di Giustizia, adita in via pregiudiziale, ha precisato che tale disciplina costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, ammissibile soltanto se giustificata da esigenze imperative di interesse generale e necessarie, proporzionate e non discriminatorie⁴⁶. In tal modo, essa si è pronunciata sulla compatibilità in astratto tra la normativa italiana autorizzatoria e la normativa comunitaria richiedendo al giudice la disapplicazione della prima.

Si consideri inoltre il conflitto tra la fattispecie di cui all'art. 348 c.p. che punisce l'esercizio abusivo della professione e le norme eurounitarie che autorizzano l'esercizio della professione in uno Stato membro diverso da quello in cui sia stata ottenuta l'abilitazione⁴⁷. In tali casi l'applicazione della norma eurounitaria impedisce di ritenere abusivo e quindi tipico l'esercizio della professione autorizzato in altro Stato membro pur in assenza di un

⁴⁶ CGUE Grande Sezione 6 marzo 2007, nelle cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e altri, e 16 febbraio 2012 C-72/10 e C-77/10, Costa & Cifone, inoltre, ha ritenuto in contrasto con le norme del trattato la previsione di sanzioni nei confronti dell'operatore che raccolga scommesse in assenza dell'autorizzazione o della concessione quando queste gli siano negate in violazione delle norme di diritto UE. Alle sentenze della Corte di Giustizia hanno fatto seguito le sentenze della Corte di legittimità, Cass. pen., sez. III, 28 marzo 2007, n. 16928 e 16 maggio 2012, n. 18767. Di recente sul tema C. Cost. 8 marzo 2017, n. 48 che dichiara manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità delle norme interne sull'esercizio delle attività di gioco e scommesse in riferimento agli artt. 3, 25 e 41 della Costituzione e agli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; il giudice avrebbe dovuto infatti provvedere direttamente alla disapplicazione delle norme interne in contrasto con le norme che riconoscono la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

⁴⁷ Conflitto riconosciuto a partire dal paradigmatico caso Auer (CGUE, 22 settembre 1983, C-271/82), in cui la Corte di Appello di Colmar aveva chiesto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia se le direttive comunitarie sul riconoscimento reciproco del titolo professionale di veterinario ostassero all'incriminazione per esercizio abusivo della professione del soggetto che, conseguito il titolo di veterinario in Italia, esercitasse in Francia la professione nonostante il diniego della competente autorità di iscriverlo all'albo dei veterinari.

provvedimento abilitativo delle autorità nazionali; pertanto essa si pone in conflitto già sul piano astratto con la fattispecie incriminatrice nella parte in cui punisce l'esercizio della professione autorizzata in un altro Stato membro⁴⁸. Il fatto che il conflitto tra l'art. 348 c.p. e la norma eurounitaria sia solo parziale in quanto la fattispecie può trovare legittima applicazione in casi diversi da quelli di interferenza con il diritto dell'UE è irrilevante rispetto alla qualificazione del conflitto come "astratto" o "concreto".

Anche con riguardo alle norme internazionali l'ambito di applicazione dell'art. 51 c.p. non si estende alle ipotesi di conflitto in astratto con le norme incriminatrici interne. A differenza del conflitto in astratto tra le norme eurounitarie e quelle interne, quello riguardante le norme internazionali non può essere risolto tramite la disapplicazione da parte del giudice comune della norma interna incompatibile con quella internazionale ma solo attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale⁴⁹.

Nel caso di conflitto in concreto, invece, spetta al giudice comune di individuare la norma assiologicamente prevalente e applicarla. È bene precisare che le limitazioni all'applicazione diretta delle norme internazionali confliggenti con quelle interne⁵⁰ non

⁴⁸ In questo senso A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, 91 ss. Contra G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, 270 ss., ripreso poi da G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, n. 2, 349 ss.

Resta fermo nell'inquadramento sotto l'art. 51 c.p. del conflitto tra norma eurounitaria sul diritto e norma incriminatrice, pur riconoscendo che il sindacato del giudice ha ad oggetto un "contrasto frontale" tra di esse, anche F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti giuridicità del fatto tipico*, cit., 1062 ss., secondo cui "oggetto del giudizio a quo è qui, in prima battuta, la norma incriminatrice stessa al metro della sua compatibilità con il diritto comunitario, più che il fatto storico commesso dall'imputato; ed è proprio da tale valutazione su tale compatibilità o incompatibilità che dipende la decisione finale se dare applicazione o meno alla norma incriminatrice, con conseguente condanna o assoluzione dell'imputato. Più che di stabilire se l'imputato abbia o meno esercitato una facoltà legittima riconosciutagli dal diritto comunitario, si tratta dunque per il giudice ordinario di stabilire se il legislatore nazionale avesse o meno il diritto di incriminare la condotta compiuta dall'imputato, dal punto di vista del diritto comunitario (che si assume come sistema normativo prevalente sul diritto interno)".

⁴⁹ Ci si riferisce in particolare all'orientamento inaugurato da C. cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, con commento di M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, 3564 ss., che riconosce che il contrasto tra norme internazionali pattizie, in particolare quelle CEDU, e le norme primarie interne debba essere risolto con la proposizione di una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost., e non con la disapplicazione da parte del giudice interno delle norme interne contrastanti.

⁵⁰ La dottrina riconosce come la Corte Costituzionale abbia negato l'effetto diretto delle disposizioni internazionali della Convenzione EDU al fine di differenziare lo statuto di tale convenzione rispetto al diritto UE e negare che il giudice, per darle applicazione, possa direttamente disapplicare il diritto interno confliggente anziché sollevare questione di legittimità costituzionale (C. Cost. 348/2007: «la distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento [...] nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto [...]»). L'unico effetto diretto delle norme convenzionali che il Giudice delle leggi avrebbe inteso escludere sarebbe quello che si accompagna alla non applicazione delle norme interne in eventuale conflitto con esse. Così, V. SCIARABBA, *Metodi di tutela dei diritti*

impediscono di ritenere prevalente nel giudizio ai sensi dell'art. 51 c.p. la norma internazionale sul diritto o sul dovere⁵¹. L'esclusione della rilevanza penale del fatto a seguito del giudizio di prevalenza non equivale infatti alla disapplicazione della norma interna per contrasto con la norma internazionale; bensì, più semplicemente, ad un giudizio di prevalenza nel caso concreto della situazione giuridica attribuita all'individuo dalla norma extrapenale internazionale rispetto all'interesse tutelato dalla norma penale interna.

3.3 *Requisiti della norma sovranazionale sul diritto o sul dovere scriminante.*

Perché sia possibile inquadrare correttamente sotto l'art. 51 c.p. le situazioni di conflitto tra norma incriminatrice interna e norma extrapenale sovranazionale occorre inoltre che quest'ultima fondi un diritto o un dovere con efficacia scriminante. A tal fine la norma deve attribuire all'individuo una situazione giuridica soggettiva di diritto o di dovere legalmente riconosciuta entro i cui confini ricada il fatto già regolato dalla norma penale.

Dopo aver valutato se la norma sovranazionale sul diritto o sul dovere sia produttiva di effetti per l'ordinamento all'esito dell'adattamento⁵² e non si ponga in conflitto già sul piano astratto con le norme interne, il giudice deve verificare che la stessa sia dotata di effetto diretto. Con tale requisito ci si riferisce in questa sede non solo alla capacità autopplicativa della norma – ossia all'efficacia immediata nell'ordinamento a prescindere dall'adozione di norme di trasposizione – ma anche alla relativa idoneità ad attribuire delle situazioni giuridiche soggettive in capo all'individuo.

In effetti, perché vi sia un'incompatibilità tra la qualificazione normativa di illiceità penale del fatto e la qualificazione di liceità derivante dall'aver commesso il fatto nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere, la norma sovranazionale deve

fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato, in *Consulta online*, 2019, n. 1, 218 ss.

⁵¹ Si pone questo problema, risolvendolo in senso favorevole all'applicazione delle norme internazionali vincolanti a seguito di ratifica da parte del giudice ordinario, F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti giuridicità del fatto tipico*, cit., 1067. Sembra distinguere le norme eurounitarie dalle norme internazionali in relazione alla possibilità di trovare applicazione diretta ai sensi dell'art. 51 c.p., recentemente Cass. pen., sez. II, 7 giugno 2019, n. 38277, cit., secondo cui «le fonti dell'UE (come premesso, ontologicamente distinte dalla Convenzione EDU) potrebbero prevedere, con efficacia immediatamente vincolante per il giudice interno, nuove cause di giustificazione, attribuendo diritti il cui esercizio potrebbe scriminare l'agente ex art. 51 c.p. [...]».

⁵² Per le diverse modalità di adattamento, a seconda che si tratti del diritto internazionale generale o pattizio, e di norme autoapplicative o necessitanti di norme di trasposizione, N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2009, 231 ss. Discorso a parte va fatto per l'adattamento al diritto eurounitario, su cui ampiamente, G. TESAURO, *op. cit.*, 161 ss.

attribuire o imporre direttamente in capo all'individuo, rispettivamente, un diritto o un dovere invocabili davanti al giudice nazionale.

La nozione di effetto diretto è peraltro discussa⁵³ e talvolta sovrapposta a quella di generica precettività per l'ordinamento o di autoapplicatività. Una simile concezione trascura però di considerare che la norma vincolante e *self-executing* non necessariamente si indirizza all'individuo, bensì può rivolgersi esclusivamente allo Stato.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea l'accertamento dell'effetto diretto non sembra particolarmente problematico. Come noto, la nozione di effetto diretto è stata sviluppata, grazie al monopolio interpretativo della Corte di Giustizia, di pari passo con l'affermazione del primato del diritto dell'Unione. Tra le peculiarità dell'ordinamento UE subito poste in evidenza dalla Corte di Giustizia⁵⁴ vi è proprio la diretta attribuzione di situazioni giuridiche soggettive agli individui⁵⁵. La questione è stata affrontata sin dall'inizio con riguardo alle norme dei trattati; in seguito si è posta rispetto ad atti di per sé non direttamente applicabili come le direttive, allo scopo di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione anche ove lo Stato non abbia adempiuto agli obblighi sanciti dalle norme delle direttive che risultino chiare, precise e incondizionate⁵⁶. Recentemente è stata affrontata con riferimento alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, al fine di assicurare la diretta applicazione e, specularmente, la disapplicazione del diritto nazionale confliggente, anche nei rapporti tra privati⁵⁷.

Nel diritto internazionale, la possibilità di configurare l'individuo come destinatario diretto delle norme è fortemente dibattuta⁵⁸. Sconfessate le posizioni aprioristiche, l'interprete è chiamato a ricostruire la portata delle singole norme alla luce della formulazione della disposizione e delle regole di interpretazione del diritto internazionale.

La soluzione può essere differente sulla base di diversi fattori: l'ambito di regolazione del diritto internazionale interessato, le intenzioni dei soggetti che hanno concorso alla formazione della disposizione – a seconda che risulti o meno che oggetto del trattato sia

⁵³ Per una recente riflessione sulla nozione, R. BARATTA, *L'effetto diretto delle disposizioni internazionali self-executing*, in *Riv. dir. intern.*, 2020, n. 1, 5 ss. L'Autore, in particolare, individua l'effetto diretto sulla base tanto della completezza quanto dell'idoneità della norma a disciplinare situazioni giuridiche individuali.

⁵⁴ CGUE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*.

⁵⁵ G. TESAURO, *op. cit.*, 165 ss.

⁵⁶ CGUE, 4 dicembre 1974, C-41/74, *van Duyn*. Più recentemente CGUE, 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*.

⁵⁷ CGUE, G.S., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*.

⁵⁸ Sulla posizione dell'individuo nel diritto internazionale, A. PETERS, *Beyond human rights. The legal status of the individual in international law*, Cambridge University Press, 2016.

esclusivamente la regolazione delle relazioni tra gli Stati – e il contenuto specifico della disposizione. Oltre a valutarne la completezza e l'eventuale esplicita designazione del destinatario, l'interprete deve considerare la tipologia di situazione soggettiva definita, ossia se si tratti di un diritto o di un obbligo⁵⁹. E infatti, dal momento che l'obbligo è una situazione limitativa della sfera giuridica dell'individuo, la cui violazione lo espone ad una responsabilità, la relativa previsione dovrebbe essere espressa. Oltretutto, ove le norme internazionali siano preordinate alla repressione penale dei comportamenti devianti, il principio di legalità penale impone generalmente l'adozione di una normativa nazionale di recepimento.

Rispetto alle convenzioni internazionali sui diritti umani appare di certo più agevole riconoscere la produzione di effetti diretti in capo agli individui, a maggior ragione laddove le stesse convenzioni – come nel caso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – prevedano un meccanismo di ricorso per far valere il diritto davanti al giudice internazionale.

Perché possa rilevare ai sensi dell'art. 51 c.p., infine, la norma sovranazionale deve essere sufficientemente chiara e determinata; non soltanto come condizione perché possa spiegare un effetto diretto, ma anche per rispettare l'esigenza di legalità che richiede di tracciare una linea di demarcazione riconoscibile tra le condotte legalmente meritevoli di tutela o doverose e quelle penalmente illecite.

Come si vedrà, non sempre i requisiti evidenziati della norma sovranazionale risultano indiscutibili, di talché il giudice non rinviene un parametro normativo chiaro sulla cui base poter affermare che l'individuo ha agito nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere. Tra gli estremi della rilevanza ai sensi dell'art. 51 c.p. e della totale irrilevanza della norma sovranazionale rispetto alla qualificazione del fatto, il caso può offrire un ampio ventaglio di ipotesi ricostruttive.

⁵⁹ M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2019, n. 1, 39, il quale, riprendendo l'orientamento di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, spec. 345, sottolinea che le norme preordinate alla creazione di obblighi nei confronti dei privati, richiederebbero una normativa interna che ne integri il precetto almeno allorquando tali norme siano preordinate anche alla repressione penale dei comportamenti devianti.

4. Un caso di studio: la rilevanza delle norme internazionali sul dovere di soccorso in mare

Il peso delle questioni sinora affrontate si apprezza soprattutto se si analizza un caso specifico e attuale di interazione tra norme internazionali e norme incriminatrici interne.

Recenti casi giurisprudenziali⁶⁰ hanno acceso il dibattito sulla rilevanza penale delle condotte del comandante della nave di un'ONG che si trovi a soccorrere in alto mare i migranti abbandonati alla deriva e a condurli nelle acque o nei porti dello Stato costiero ritenuto un porto sicuro in assenza della relativa autorizzazione⁶¹. In queste ipotesi i giudici si sono trovati a dover conciliare gli obblighi internazionali pattizi dello Stato, con specifico riferimento al dovere di soccorso dei naufraghi e alla tutela dei diritti dei migranti, con le fattispecie incriminatrici di volta in volta contestate. Tra le più dibattute l'art. 12, co. 1, del testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998) che punisce

«chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato».

Banco di prova dell'intersezione tra dovere di soccorso in mare e fattispecie penale costituirà anche il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale, recentemente introdotto dall'art. 1, co. 2, d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 conv. con l. 18 dicembre 2020, n. 173⁶². Tale disposizione è interessante poiché introduce sulla carta un criterio di coordinamento espresso tra le norme sul soccorso e la fattispecie di inosservanza del provvedimento ministeriale nella misura in cui esclude l'integrazione della fattispecie

⁶⁰ Si pensi, in particolare, al giudizio nei confronti della comandante della nave Sea Watch, Carola Rackete, che ha visto la Cassazione pronunciarsi in sede di impugnazione dell'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari che aveva rigettato la convalida dell'arresto della comandante in quanto ravvisava i presupposti per l'applicabilità della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere (Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, in *Foro it.*, 2020, II, 289 ss., con nota di F. PARISI). La Corte di legittimità ha confermato l'ordinanza ritenendo immune da vizi la valutazione del Giudice per le indagini preliminari sulla verosimiglianza della causa di giustificazione invocata.

⁶¹ Per una panoramica delle possibili qualificazioni giuridiche di tali condotte, S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 1, 134 ss.

⁶² Con tale intervento è stata sostituita la disciplina dettata dal c.d. decreto sicurezza *bis* (d.l. n. 53/2019 conv. con l. 77/2019) che puniva con una sanzione amministrativa l'inosservanza dei provvedimenti del Ministero dell'interno volti ad impedire, l'ingresso, il transito o la sosta delle navi del mare territoriale. Il d.l. n. 130/2020 prevede che il potere di limitare o vietare il transito e la sosta delle navi nel mare territoriale sia esercitato dal Ministro dell'interno di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri e ne sanziona l'inosservanza con la multa.

qualora la nave abbia svolto operazioni di soccorso debitamente comunicate alle autorità competenti e realizzate nel rispetto delle indicazioni da esse fornite purché queste ultime siano

«emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo [...]»⁶³.

Le questioni affrontate sinora dalla giurisprudenza hanno riguardato non tanto l'astratta precettività delle norme internazionali nell'ordinamento – ritenuta pacifica ai sensi degli artt. 10 e 117 Cost. – quanto la rispettiva rilevanza nella valutazione di responsabilità penale dell'individuo che ha realizzato il fatto qualificato come reato dal diritto interno.

Nelle pronunce in materia⁶⁴ la Corte di Cassazione ha riconosciuto che le norme internazionali dei trattati sul diritto del mare ratificati dall'Italia⁶⁵, come anche il diritto internazionale consuetudinario direttamente applicabile ai sensi dell'art. 10 Cost., fondano il dovere del comandante di soccorrere i migranti alla deriva. Oltretutto, sulla base di una lettura sistematica delle varie norme internazionali – riconosciute rilevanti quantomeno sul piano interpretativo anche se di *soft law*⁶⁶ – e conforme alle convenzioni internazionali sui diritti dei

⁶³ Per un commento sulla nuova disposizione particolarmente attento ai profili di intersezione tra la disciplina nazionale e le fonti internazionali, A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, in corso di pubblicazione su www.lalegislazionepenale.eu.

⁶⁴ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, cit.; Cass. pen., sez. I, 23 aprile 2018, n. 56138; Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2018, n. 14709; Cass. pen., sez. I, 27 marzo 2014, n. 14510.

⁶⁵ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 98 della Convenzione di Montego Bay che riconosce un obbligo di soccorso in capo agli Stati: “Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo. 2. Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali”.

La Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (Convenzione SOLAS) obbliga il “comandante di una nave che si trovi nella posizione di essere in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione...” [Capitolo V, Regolamento 33(1)].

La Convenzione internazionale di Amburgo sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979 (Convenzione SAR – *Search and Rescue*) obbliga gli Stati parte a “...garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare... senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata” (Capitolo 2.1.10) ed a “[...] fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro”. (Capitolo 1.3.2)

⁶⁶ Vengono prese in considerazione anche le linee guida sul trattamento delle persone in mare, adottate dal Comitato per la sicurezza dell'IMO, allegate alla convenzione SAR, che dispongono che il Governo responsabile per la zona SAR in cui avviene il recupero sia tenuto ad assicurare un porto sicuro, e cioè “un luogo dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti e la loro vita non è più minacciata; le necessità primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere

rifugiati e sui diritti fondamentali della persona⁶⁷, ha sottolineato che il contenuto del dovere di soccorso non è limitato alla presa in carico dei migranti a bordo della nave – azione meramente provvisoria, inidonea a garantirne la piena tutela – ma include anche il loro trasporto in un porto sicuro; ossia un luogo dove gli stessi vedano assicurato il rispetto dei diritti fondamentali e possano presentare domanda di protezione internazionale⁶⁸.

Nell'ormai celebre caso *Rackete*⁶⁹ la Suprema Corte, nell'ambito del giudizio di convalida dell'arresto della comandante, ha ritenuto ipotizzabile la scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso dei migranti⁷⁰ rispetto alla condotta di speronamento della motovedetta della guardia di finanza realizzata dalla comandante, dopo aver atteso per giorni l'indicazione del porto sicuro in cui far sbarcare i migranti soccorsi, per fare ingresso nel porto di Lampedusa nonostante la mancanza di autorizzazione delle autorità italiane. Rispetto a tale condotta è stata contestata la fattispecie di violenza a pubblico ufficiale di cui all'art. 336 c.p.

In altri casi la Cassazione ha incidentalmente ammesso che la condotta di soccorso delle ONG, pur potendo astrattamente integrare un'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai sensi dell'art. 12 del t.u. immigrazione – quantomeno ove sia accompagnata dalla realizzazione di un contributo consapevole di agevolazione delle azioni illecite dei trafficanti – possa parimenti risultare doverosa ai sensi degli obblighi internazionali⁷¹

organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale”. D'altra parte si richiama la Risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa, secondo cui “la nozione di ‘luogo sicuro’ non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali” in quanto – come sostiene la Cassazione nel caso *Rackete* – “pur non essendo fonte diretta del diritto, costituisce un criterio interpretativo imprescindibile del concetto di “luogo sicuro” nel diritto internazionale”.

⁶⁷ In particolare, la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali con particolare riguardo al divieto di trattamenti inumani e degradanti e al divieto di respingimento collettivo.

⁶⁸ In questo senso soprattutto Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, cit.

⁶⁹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit.

⁷⁰ L'art. 385 c.p.p. vieta l'arresto o il fermo quando “appaia” – secondo un giudizio di “verosimile sussistenza” come definito dalla Cassazione nel caso *Rackete* – che il fatto sia stato «compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità». Sulle diverse opzioni interpretative del concetto di apparenza, C. SCACCIANOCE, sub art. 385 c.p.p., in A. GIARDA, G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2017, 843 ss.

⁷¹ Cass. pen., sez. I, 23 aprile 2018, cit., nel filone giurisprudenziale sul riconoscimento della giurisdizione italiana nei confronti dei trafficanti pure nel caso in cui l'ingresso nel territorio non sia realizzato direttamente dalla condotta dei trafficanti – soliti abbandonare le imbarcazioni alla deriva in acque internazionali – bensì dall'attività dei soccorritori, sulla base della teoria dell'autoria mediata. Secondo la Corte, occorre «discernere tra l'attività, meritoria e salvifica, messa in essere da chi si muove nell'ambito segnato dall'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 [...], nella cornice fissata dall'obbligo di salvataggio in mare scolpito dal diritto consuetudinario internazionale e richiamato da molteplici Convenzioni [...], e l'attività di chi – consapevolmente concorrendo con i trafficanti di essere umani – agisce nel senso di agevolarne le condotte illecite e consentire la loro concreta perpetrazione».

o scriminata sulla base dello stato di necessità, la cui applicabilità è fatta salva dall'inciso dell'art. 12, co. 2, «fermo restando quanto previsto dall'art. 54 c.p.»⁷².

Anche i giudici di merito hanno tendenzialmente riconosciuto rilevanza alla norma sovranazionale sul dovere di soccorso in mare e ne hanno esteso il contenuto al trasporto dei naufraghi in un luogo sicuro dove siano rispettati i relativi diritti fondamentali. La norma internazionale sul dovere di soccorso così interpretata è stata utilizzata dal giudice insieme ad altre norme poste a tutela dei diritti fondamentali e al principio di diritto consuetudinario di *non-refoulement* per riconoscere il diritto dei migranti ad essere soccorsi e condotti in un porto sicuro; nonché, conseguentemente, per ritenere realizzata in legittima difesa la condotta di coloro che difendano tale diritto contro il pericolo attuale di essere condotti verso un porto “non sicuro”, quale è stato ritenuto la Libia sulla scorta di documenti forniti da organizzazioni non governative e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati⁷³.

In un'altra vicenda⁷⁴ la rilevanza della norma sul dovere di soccorso “esteso” allo sbarco in un luogo sicuro ha consentito al giudice di ravvisare lo stato di necessità rispetto alla condotta di membri dell'equipaggio della nave di un'ONG qualificata ai sensi dell'art. 12 t.u. immigrazione. Nel caso di specie il reato di favoreggiamento era stato contestato ai soccorritori per aver compiuto il salvataggio dei naufraghi senza rispettare le indicazioni delle autorità competenti al coordinamento dei soccorsi: il soccorso in mare era avvenuto nella zona SAR (*Search and Rescue*) di competenza della Libia; in seguito la nave dell'ONG aveva chiesto l'indicazione del porto sicuro alle autorità italiane anziché a quelle maltesi nonostante il porto più vicino fosse Malta e non quello italiano dove infine era avvenuto lo sbarco. L'estensione del contenuto del dovere di soccorso allo sbarco in un luogo sicuro alla luce delle norme di diritto internazionale ha permesso di affermare che gli indagati avessero agito per difendere i migranti dal pericolo attuale di un danno grave alla persona non altrimenti evitabile – requisito dello stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p. – ossia l'affidamento dei migranti stessi alle

⁷² Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2015, n. 20503, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice italiano sulla condotta dei trafficanti di trasporto e procurato ingresso illegale nel territorio dello Stato di cittadini extracomunitari qualora i migranti siano abbandonati in acque internazionali, su natanti inadeguati a raggiungere le coste italiane, allo scopo di provocare l'intervento dei soccorritori che li conducono nelle acque italiane, «poiché la condotta di questi ultimi, che operano sotto la copertura dello stato di necessità – espressamente richiamata nell'incipit del d.lgs. 286/1998 art. 12, comma 2 – è riconducibile alla figura dell'autore mediato di cui all'art. 54 c.p., comma 3». Nello stesso senso, Cass. 28 febbraio 2014, n. 14510, cit.

⁷³ Trib. Trapani, 3 giugno 2019, *vos Thalassa*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2019, con commento di L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso vos Thalassa)*.

⁷⁴ Trib. Ragusa, 16 aprile 2018, n. 1182, sul caso *Open Arms* nell'ambito del giudizio cautelare reale sul sequestro della motonave utilizzata per il soccorso.

autorità di soccorso libiche. L'intervento delle autorità libiche, infatti, avrebbe sì evitato il naufragio ma non avrebbe scongiurato – anzi, avrebbe proprio concretato – il pericolo per i migranti di essere condotti in un porto “non sicuro”.

Accanto a tali pronunce non sono mancati peraltro giudizi in cui le norme internazionali sul soccorso in mare non sono state considerate pertinenti a regolare la condotta di salvataggio e ingresso nelle acque territoriali; nemmeno per orientare l'interpretazione della fattispecie incriminatrice o delle scriminanti e riconoscere che la consegna dei naufraghi migranti alle autorità di uno Stato che non è in grado di offrire un “porto sicuro” integra un'offesa ingiusta ai diritti del naufrago migrante⁷⁵.

4.1 Possibili soluzioni del conflitto con le norme incriminatrici interne al di fuori dello schema dell'art. 51 c.p.

A fronte dello scenario delineato non pare possibile valutare la rilevanza penale della condotta non autorizzata di soccorso e ingresso nel mare territoriale e nei porti nazionali ignorando le norme internazionali sul dovere di soccorso in mare, né quelle collegate poste a tutela dei diritti della persona del naufrago migrante. Le pronunce che ne negano la rilevanza omettono di considerare che lo Stato, tramite l'azione di tutte le sue autorità, è obbligato dalle norme internazionali ad assicurare il soccorso e la tutela dei naufraghi; e che tali norme esprimono dei valori della cui tutela il giudice è chiamato a farsi carico pur se confliggenti con quelli sottesi alle norme incriminatrici.

⁷⁵ Trib. Catania, 27 marzo 2018, n. 2474, sullo stesso caso su cui si è pronunciato in seguito Trib. Ragusa, 16 aprile 2018, cit., in ragione del difetto di giurisdizione. Secondo il G.i.p. di Catania, nel vagliare l'applicazione della scriminante dello stato di necessità “se, poi, l'approdo in un porto della Libia significhi la ripresa di una situazione di vita problematica, soprattutto per le condizioni precarie (abitative e alimentari) dei campi profughi di quel Paese, tale circostanza, sotto il profilo della scriminante in questione, contrariamente all'assunto degli inquisiti, non assume rilevanza alcuna, poiché si tratta di un evento che la legislazione italiana e quella internazionale non hanno preso in considerazione”.

Cfr. anche C. app. Palermo, 24 giugno 2020, n. 1525, in www.sistemapenale.it, 21 luglio 2020, con commento di L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, che ribalta la decisione del Trib. Trapani, 3 giugno 2019, cit. Il giudice palermitano di secondo grado, peraltro, preferisce non affrontare la questione della sussistenza di «un diritto al ricovero immediatamente tutelabile da parte del migrante soccorso in mare», limitandosi a porre nel dubbio la bontà di tale ipotesi ricostruttiva. Nell'esaminare i requisiti della legittima difesa, ne esclude l'applicabilità per difetto della “necessità” dell'offesa in quanto il naufragio che aveva determinato il salvataggio avrebbe costituito «una condizione di pericolo intenzionalmente causata dai trafficanti e dai migranti». Lasciando in disparte tale criticabile affermazione, l'erroneità della costruzione emerge dal fatto che il pericolo che aveva indotto i migranti a minacciare l'equipaggio del *Vos Thalassa* determinato a ricondurli in Libia non era rappresentato dal naufragio ma proprio dalle condizioni di vita in violazione dei diritti fondamentali che avrebbero patito una volta riportati nei “porti insicuri” libici.

Resta da riflettere sul profilo di rilevanza di tali norme e sugli strumenti a disposizione del giudice per coordinarle con le norme incriminatrici interne. Come già mostrato dalle soluzioni giurisprudenziali fornite, le possibilità di interazione delle norme sul soccorso in mare con la fattispecie incriminatrice e le conseguenti modalità di soluzione sono molteplici e variano non solo a seconda della fattispecie integrata ma anche delle concrete modalità di realizzazione della vicenda.

Il ricorso all'art. 51 c.p. per scriminare la condotta di ingresso non autorizzato nel porto italiano in soccorso dei migranti non pare soluzione appropriata a tutte le ipotesi di conflitto tra fattispecie incriminatrici interne e norme internazionali sul soccorso; almeno non rispetto a quelle in cui il conflitto tra le norme internazionali in esame e la fattispecie penale si manifesti già sul piano astratto e fintantoché si dubiti che le norme internazionali sul soccorso soddisfino i *desiderata* della norma impositiva di una situazione giuridica di dovere in capo all'individuo.

Rispetto all'ipotesi di imputazione per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina si può forse escludere in radice un conflitto con le norme internazionali sul soccorso in mare; o comunque, ove pure ritenuto sussistente, tale conflitto sembrerebbe manifestarsi già sul piano astratto e quindi necessiterebbe di essere risolto con strumenti diversi dall'art. 51 c.p.

Pare possibile infatti, se non doveroso alla luce delle norme internazionali e costituzionali, interpretare l'art. 12 t.u. immigrazione in modo da escludere la tipicità della condotta non autorizzata di trasporto nelle acque territoriali e di ingresso nel porto nazionale posta in essere con la finalità umanitaria di condurre i migranti in un porto sicuro dopo il salvataggio; ovviamente, sempreché non sussistano degli accordi collusivi con i trafficanti. La questione è controversa e la giurisprudenza, come visto, interrogandosi sull'applicazione delle scriminanti dell'adempimento del dovere o dello stato di necessità, sembra invece configurare le condotte di soccorso come condotte tipiche di favoreggiamento⁷⁶.

Di contrario avviso molte voci in dottrina. Un orientamento, ad esempio, esclude che possa ritenersi illegale l'ingresso realizzato a seguito delle operazioni di soccorso dal momento che, finché le relative doverose procedure non si siano concluse, ivi compreso lo sbarco in un

⁷⁶ Si veda supra e, in particolare, il caso riguardante il sequestro della nave Iuventa (su cui G.i.p. Trapani, 2 agosto 2017, n. 816 e Cass. pen., sez. I, 23 aprile 2018, n. 56138, cit.).

porto sicuro, gli individui condotti in Italia sarebbero secondo le norme internazionali ancora “naufraghi” da soccorrere, non “migranti” entrati illegalmente nel territorio⁷⁷.

Secondo altra opinione⁷⁸, non potrebbe ritenersi integrata la condotta di favoreggiamento dell’ingresso illegale tutte le volte in cui l’ingresso avvenga a seguito di attività di soccorso caratterizzate dalla ricerca di un costante dialogo con le autorità dello Stato: in tali ipotesi la condotta degli operatori delle ONG non sarebbe volta a favorire l’ingresso clandestino dei migranti sul territorio italiano aggirando i controlli alle frontiere; al contrario, mirerebbe ad affidarli alle cure dello Stato.

Un’ulteriore ricostruzione evidenzia che la condotta di trasferimento dei naufraghi migranti nelle acque territoriali o nei porti nazionali dopo averli soccorsi, pur senza autorizzazione, non integri la condotta tipica di trasporto ai sensi all’art. 12 t.u. immigrazione, ossia «quella attività specificamente e consapevolmente strumentale al conseguire lo scopo di far arrivare alla destinazione tipica, cioè l’ingresso illegale».⁷⁹ Oltretutto, quand’anche si ritenga obiettivamente integrata la condotta di trasporto da parte delle operazioni di salvataggio, difetterebbe comunque il relativo dolo⁸⁰.

L’invocazione dell’art. 51 c.p. sembra discutibile anche ove si ritenga che il trasferimento dei migranti nelle acque territoriali o nei porti nazionali integri il fatto tipico dell’art. 12 t.u. immigrazione. In siffatta ipotesi, invero, il giudice dovrebbe domandarsi preliminarmente se la disposizione non si ponga in conflitto già sul piano astratto con la norma internazionale che impone allo Stato il dovere di soccorrere i naufraghi, oltre che con le norme a tutela dei diritti fondamentali della persona.

In effetti, incriminare la condotta appena descritta, se da un lato significa proteggere l’interesse dello Stato al controllo dei flussi di persone che varcano i propri confini, dall’altro costituisce un ostacolo e un disincentivo rispetto alle operazioni di soccorso in alto mare e un *vulnus* all’effettività dei diritti fondamentali dei naufraghi migranti⁸¹. Oltretutto, proprio nei

⁷⁷ In questo senso C. PITEA, S. ZIRULIA, Friends, not foes: *qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *SIDiblog*, 2019, n. 6, 74-86.

⁷⁸ A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, n. 4, 1903 s.

⁷⁹ A. DI MARTINO, L. RICCI, *op. cit.*, 112.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Tale affermazione circa la responsabilità dello Stato che non accoglie i migranti a seguito delle segnalazioni del comandante può apparire comunque frutto di una semplificazione, in quanto l’ingresso non viene autorizzato proprio quando l’Italia non è competente secondo gli accordi internazionali che individuano le zone di competenza per il salvataggio, ad assicurare lo sbarco dei migranti. Peraltro, come dimostrano i recenti casi, i problemi maggiori riguardano proprio i casi in cui la stessa competenza è oggetto di contestazione e si crea un’*impasse* che impedisce lo sbarco immediato. Ad ogni modo, lo Stato è responsabile per la tutela dei diritti fondamentali dei

casi in cui le ONG abbiano avvertito le autorità nazionali e chiesto un porto dove attraccare, lo Stato è posto nelle condizioni di controllare i nuovi arrivati per cui l'interesse posto a giustificazione dell'incriminazione si rivela inconsistente sul piano dell'offensività: ove applicata a queste ipotesi la fattispecie non tutelerebbe tanto l'interesse al controllo dei flussi migratori e alla sicurezza quanto una manifestazione egoistica della sovranità statale, quale l'interesse dello Stato a sottrarsi alla responsabilità e ai costi di assistenza ed identificazione degli stranieri soccorsi che giungono sul proprio territorio⁸².

Alla luce di tali osservazioni si potrebbe forse sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 t.u. immigrazione per violazione degli artt. 2 e 117 Cost nella parte in cui punisce le condotte che consentono l'ingresso degli stranieri nel territorio per finalità umanitarie in seguito ad operazioni di salvataggio. La questione potrebbe essere sollevata anche sotto il profilo dell'uguaglianza-ragionevolezza, nella parte in cui limita l'applicazione della c.d. scriminante umanitaria alle condotte «prestate *in Italia* nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno *comunque presenti nel territorio dello Stato*» e quindi ne esclude la configurabilità rispetto alle condotte che realizzano l'ingresso nel territorio nazionale⁸³.

D'altra parte, come visto, la possibilità di configurare la scriminante dell'adempimento del dovere presuppone di aver risolto positivamente l'interrogativo circa l'idoneità delle norme internazionali sul soccorso in mare a fondare un diritto o un dovere scriminanti. Rispetto ad esse si pone tanto il problema dell'effetto diretto, quanto la questione della (in)determinatezza della norma.

Con riguardo al primo profilo, a fronte di norme internazionali che pongono degli obblighi principalmente a carico dello Stato relativamente al salvataggio delle persone che si trovino in situazione di difficoltà, i giudici non potrebbero limitarsi ad indagarne la relativa

naufraghi una volta entrati nelle acque territoriali e, qualora abbia un potere di controllo effettivo su di essi pur se si trovino nel mare territoriale, è tenuto al rispetto della Cedu in conformità con la giurisprudenza della Corte EDU sull'applicazione extraterritoriale della Convenzione (Corte EDU, G.C. Loizidou c. Turchia, 18 dicembre 1996; Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito, 30 giugno 2009). Sull'applicazione extraterritoriale delle convenzioni sui diritti umani, M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policies*, Oxford, 2011.

⁸² Con toni simili A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1904.

⁸³ Per una riflessione ponderata sull'illegittimità della "scriminante umanitaria" di cui all'art. 12 t.u.imm. per l'irragionevole esclusione delle condotte di favoreggiamento degli ingressi irregolari, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2020, n. 3, 143 ss., spec. 163.

efficacia normativa nell'ordinamento⁸⁴ ma dovrebbero compiere un ulteriore sforzo argomentativo per affermarne anche la diretta efficacia nei confronti dell'individuo.

In dottrina, sul tema, si fronteggiano diversi orientamenti⁸⁵; l'uno che ritiene che le norme convenzionali nell'ambito del diritto del mare fondino obbligazioni in capo soltanto allo Stato; l'altro secondo cui le norme producono effetti direttamente in capo agli individui e, in particolare, al comandante della nave cui attribuiscono, in conformità ad un principio consuetudinario, una situazione giuridica di obbligo a tutela dei naufraghi⁸⁶. D'altra parte si sostiene – e tale opzione pare condivisibile soprattutto alla luce di una lettura armonica delle norme sul diritto del mare con quelle sui diritti fondamentali della persona e sul diritto al non respingimento in alto mare⁸⁷ – che gli stessi naufraghi siano titolari di un diritto ad essere soccorsi in mare corrispondente alla situazione di obbligo, a prescindere dal fatto che quest'ultima gravi sugli Stati o sui comandanti.

Oltretutto, i giudici potrebbero riconoscere la doverosità della condotta del comandante sulla base di un altro argomento. E infatti si potrebbe sostenere espressamente che, per poter assolvere l'obbligo internazionale, lo Stato sia tenuto a considerare le condotte di soccorso del comandante come oggetto di un obbligo giuridico; e ciò non solo *in malam partem*, sanzionandone la violazione⁸⁸, quanto a maggior ragione, anche in assenza di una norma di

⁸⁴ Cass., cit., fa riferimento alle “fonti pattizie in tema di soccorso in mare e, prima ancora, l'obbligo consuetudinario di soccorso in mare, norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e pertanto direttamente applicabile nell'ordinamento interno, in forza del disposto di cui all'art. 10 Cost., comma 1”; l'ordinanza cautelare del Gip Agrigento 2 luglio 2019, a sua volta si limita a ribadire in chiusura che “il parametro normativo al quale riferirsi, sia per individuare il contenuto del dovere, sia per verificare la legittimità dell'ordine impartito, deve essere ricercato nell'ordinamento giuridico italiano e quindi anche nelle norme internazionali che l'ordinamento incorpora”, senza affrontare la questione dell'effetto diretto di tali norme.

⁸⁵ Si veda la ricostruzione di M. STARITA, *op. cit.*, 22 ss. In particolare, secondo l'approccio tradizionale, precisato dalla Corte internazionale di Giustizia nel caso *Intertanko*, secondo cui natura e struttura della Convenzione di Montego Bay e delle Convenzioni del diritto del mare non consentirebbero di riconoscere al privato la possibilità di avvalersi delle disposizioni ivi contenute davanti ai giudici interni. D'altra parte, almeno con riguardo alle norme internazionali preordinate alla creazione di diritti dei privati, si sostiene una presunzione di efficacia diretta, anche nell'ambito del diritto del mare, salva la relativa incompletezza o l'espressione di una diversa volontà delle parti.

⁸⁶ Peraltro, già nel diritto interno una situazione di obbligo è prevista dall'art. 1158 Cod. nav.

⁸⁷ Per un dibattito sulla configurabilità di un diritto dell'individuo ad essere soccorso in mare si vedano S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, e E. D. PAPANASTAVRIDIS, *Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view*, in *QIL, Zoom-in*, 2014, n. 4, 3-15 e 17-32. A parere della prima tale diritto è configurabile a partire dalle norme internazionali sul dovere di soccorso in mare e sul diritto alla vita. Secondo l'altro Autore, invece, le norme internazionali sul diritto del mare e quelle sui diritti umani fondano in capo agli Stati dei differenti tipi di obbligazioni tra loro “non comunicanti”. Un diritto dell'individuo ad essere soccorso potrebbe essere fondato sui diritti umani ma esso riceverebbe tutela solo nel caso in cui lo Stato abbia giurisdizione sugli individui.

⁸⁸ Oltretutto, già l'art. 1158 del codice della navigazione sanziona penalmente l'omessa assistenza a navi o persone in pericolo da parte del comandante di navi, galleggianti o aeromobili nazionali o stranieri.

trasposizione, *in bonam partem*, riconoscendone la liceità qualora integrino una norma incriminatrice interna⁸⁹.

La precisione e determinatezza della norma internazionale sul dovere può essere contestata invece rispetto alla delimitazione della nozione di soccorso. Le norme internazionali non affermano chiaramente che l'assolvimento del dovere di soccorso del comandante implica l'ingresso, anche in assenza di autorizzazione, nelle acque territoriali o nei porti nazionali. Sarebbe l'interpretazione estensiva del concetto di soccorso, che ricomprende il trasporto nei naufraghi verso un luogo sicuro, a consentire di includere nel dovere del comandante anche la violazione dei confini territoriali e lo sbarco non autorizzato⁹⁰. Un'interpretazione tassativa del contenuto del dovere induce invece a ritenere le condotte di ingresso e sbarco soltanto susseguenti e strumentali rispetto a quella specificamente oggetto del dovere e quindi esorbitanti rispetto ai limiti di contenuto della scriminante.

Il problema si pone soprattutto rispetto alla condotta di ingresso nel porto: come è stato fatto notare⁹¹, le norme internazionali non prevedono in capo agli Stati competenti un immediato obbligo di accoglienza delle navi nei propri porti, ma solo un obbligo di coordinamento per l'individuazione di un luogo di sbarco sicuro. Prima di tale individuazione, salve interpretazioni ai limiti del rispetto del principio di legalità, non sussisterebbe un obbligo giuridico dello Stato di accogliere i naufraghi, né del comandante di farli sbarcare anche in assenza di indicazioni.

Nelle situazioni di stallo, in cui non venga indicato alcun porto sicuro verso cui dirigersi e vi sia il rischio per i migranti di essere ricondotti nel porto "non sicuro" di partenza, l'ingresso del comandante nelle acque territoriali e nel porto parrebbe allora qualificabile preferibilmente, secondo una lettura armonica delle norme internazionali sul soccorso in mare e delle norme sui diritti umani come condotta necessitata⁹² o come soccorso difensivo⁹³: il comandante agisce per difendere l'integrità psico-fisica dei naufraghi migranti o – pare possibile affermare proprio alla luce delle norme internazionali – il loro *diritto* a ricevere

⁸⁹ In questo senso A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1859 ss.

⁹⁰ V. *supra*, par. 3.1.

⁹¹ A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1864, secondo cui mentre esisterebbe un obbligo assoluto di non sbarcare i naufraghi in un luogo "non sicuro" secondo i parametri della Convenzione SAR, d'altra parte, l'obbligo positivo di sbarco è condizionato all'individuazione di un Pos ad opera degli Stati competenti. Le norme internazionali infatti non prevedono sugli Stati competenti un immediato obbligo di accoglienza delle navi nei propri porti, ma un obbligo di coordinamento per l'individuazione di un luogo di sbarco sicuro.

⁹² A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, cit., 1865.

⁹³ A. DI MARTINO, L. RICCI, *op. cit.*, 114-115.

soccorso in un porto sicuro dove vengano rispettati i rispettivi diritti fondamentali, come anche il diritto al non respingimento, contro il pericolo attuale di essere trasferiti in un porto non sicuro dove non riceveranno protezione alcuna ed è probabile che subiranno persecuzioni.

In questo modo la norma internazionale sul soccorso in mare consente l'applicazione di una causa di giustificazione diversa dall'adempimento del dovere – come lo stato di necessità o la legittima difesa – che scrimina la condotta non in sé e per sé, ma in quanto funzionale alla realizzazione di un assetto di interessi da tutelare⁹⁴.

Con riguardo al caso *Rackete* possono essere riproposti i medesimi dubbi sull'idoneità delle norme internazionali a fondare il dovere del comandante di fare ingresso nel porto in mancanza di autorizzazione. Oltretutto, anche ove essi siano risolti in senso positivo, l'applicazione dell'art. 51 c.p. pare discutibile proprio sulla base della concreta vicenda in esame: sembra doversi dubitare che la condotta contestata alla comandante – lo speronamento della motovedetta della guardia di finanza – fosse “strumentalmente necessaria” all'adempimento del dovere di soccorso; tale comportamento sembrerebbe di per sé travalicare i limiti interni del dovere⁹⁵.

In ogni caso, qualora pure si dovesse ritenere che la realizzazione della condotta fosse nello specifico necessaria per l'adempimento del dovere di soccorso, la prevalenza della norma sul dovere rispetto alla fattispecie penale non avrebbe dovuto essere data per scontata ma avrebbe dovuto essere valutata alla luce dei limiti esterni del dovere derivanti dalla rilevanza degli interessi con esso confliggenti; e ciò pure in presenza di una norma internazionale sul dovere vincolante per il diritto interno ai sensi degli artt. 10 e 117 Cost.

Può quindi censurarsi il percorso argomentativo dei giudici in quanto, pur attingendo in parte alla preminenza assiologica delle norme internazionali sul soccorso in mare e alla relativa connessione con la tutela diritti fondamentali della persona, attiene soprattutto alla prevalenza formale del diritto internazionale rispetto al diritto interno⁹⁶. Ebbene, la prevalenza della norma internazionale avrebbe dovuto essere rafforzata da argomentazioni maggiormente

⁹⁴ Sulla distinzione tra le scriminanti dell'esercizio del diritto e dell'adempimento del dovere, “a condotta vincolata”, e le altre cause di giustificazione, “a condotta libera”, F. CONSULICH, *op. cit.*, 142 ss. e, soprattutto evidenziando la peculiarità della scriminante dell'esercizio del diritto, A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 345 ss.

⁹⁵ Sui limiti intrinseci della condotta scriminabile ai sensi dell'art. 51 c.p., con riguardo però all'esercizio del diritto, F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit.; A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 371 ss.

⁹⁶ Nell'ordinanza del Gip, sembra richiamarsi il criterio della *lex superior* ai sensi dell'art. 117 Cost. Nella sentenza della Cassazione si fa riferimento al diritto consuetudinario direttamente applicabile ai sensi dell'art. 10 Cost.

calibrate sul concreto atteggiarsi degli interessi in gioco; da una parte, quelli sottesi al dovere di soccorso, dall'altro, quelli tutelati dal reato di violenza a pubblico ufficiale. E ciò anche in relazione alle modalità di realizzazione dei primi e al sacrificio imposto ai secondi. Ad esempio, soffermandosi sull'effettiva insussistenza di modalità alternative per consentire lo sbarco senza violare la legge penale e mettere a repentaglio beni omogenei a quelli tutelati proprio attraverso l'adempimento del dovere, quale l'incolumità fisica di altre persone⁹⁷.

5. Conclusioni

Con le osservazioni sinora svolte si è cercato di evidenziare gli interrogativi che il giudice penale deve porsi per verificare se un fatto sussumibile sotto una fattispecie incriminatrice interna risulti regolato anche da una norma sovranazionale o straniera e per determinare le conseguenze dell'eventuale duplice qualificazione sul giudizio di responsabilità penale.

Dopo aver tentato di classificare i casi di intersezione tra norma incriminatrice interna e norma "estranea" per verificare quali di essi offrano degli esempi di veri e propri conflitti inter-legali, ci si è soffermati sull'ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice interferisce con una norma sovranazionale che attribuisca un diritto o imponga un dovere. A fronte della frequente invocazione della scriminante dell'art. 51 c.p. come norma idonea a "governare" le situazioni di inter-legalità che vedono interagire la fattispecie incriminatrice con la norma sovranazionale, si è tentato di delimitarne l'ambito di applicazione coerentemente con la propria funzione di norma risolutiva di conflitti "in concreto".

Dall'analisi è emersa la necessità di escludere l'applicazione dell'art. 51 c.p. rispetto a conflitti astratti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. Come anche nei casi in cui la norma sovranazionale, per la propria struttura e il proprio contenuto, non sia idonea ad attribuire all'individuo una situazione giuridica soggettiva di diritto o di dovere espressa e determinata.

⁹⁷ In questo senso anche V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Criminalia*, 2018, 802 s. Può peraltro anche sostenersi che una verifica più attenta al caso concreto sarà oggetto del giudizio di merito, essendo il giudizio della Cassazione sulla legittimità della mancata convalida dell'arresto limitato al controllo di ragionevolezza dell'operato di coloro che hanno eseguito l'arresto.

L'analisi del caso di studio relativo alla rilevanza delle norme internazionali sul soccorso in mare ha consentito proprio di cogliere il valore aggiunto del ragionamento inter-legale rispetto alla decisione di casi caratterizzati da intersezioni normative. Un metodo aperto alla considerazione di tutte le legalità rilevanti e ad una costruzione “mobile” dei relativi rapporti, secondo una logica definita dal caso anziché dai rigidi e astratti paradigmi della logica inter-ordinamentale, consente di inquadrare l'esatta portata dell'interazione tra le istanze normative e di conciliare nella decisione tutti i valori dalle medesime espressi.