



I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998)

di Stefano Calabria

magistrato segretario presso il Consiglio superiore della magistratura

I diritti fondamentali dei migranti soccorsi in mare e il correlativo quadro dei doveri delle autorità statuali alla luce dei precedenti delle Corti sovranazionali. Qual'è l'incidenza del cd. decreto sicurezza-bis? Il caso *Sea Watch* e la discussa questione dell'adempimento di un dovere

SOMMARIO

1. Premessa / **2.** La giurisprudenza della Corte Edu / **3.** Il diritto internazionale convenzionale ed i casi Cap Anamur e Diciotti / **4.** La norma di cui all'art. 11, comma 1-ter, del d.lgs n. 286/1998 / **5.** Il caso *Sea Watch* 3 / **5.1** La fattispecie concreta / **5.2** La decisione del gip di non convalidare l'arresto / **5.3** La necessità di dover convalidare l'arresto / **5.4** La valutazione sul merito: l'illegittimità del provvedimento emesso dal Ministro dell'interno il 15 giugno 2019 / **5.5** Il *place of safety* coincide con lo sbarco sulla terraferma / **5.6** L'irrilevanza dei provvedimenti cautelari non emessi dalla Corte Edu e dal Tar del Lazio / **5.7** Il segmento finale della condotta / **5.8** La necessità di disapplicare in via incidentale il provvedimento ministeriale illegittimo / **5.9** La disapplicazione deve riguardare anche il reato di resistenza a pubblico ufficiale / **5.10** La necessaria proporzione tra circostanze di fatto e condotta tesa all'adempimento del dovere / **5.11** Le conclusioni sul punto / **6.** L'immigrazione illegale ed il rispetto dello Stato di diritto



1. Premessa

Oggetto del presente scritto è verificare se sia possibile, per lo Stato italiano, impedire l'arrivo e l'attracco di imbarcazioni, specie se provenienti dalla Libia, su cui viaggino cittadini non europei, respingendoli collettivamente ed impedendo loro di presentare domanda di protezione internazionale.

La disamina prenderà le mosse da una ricognizione della giurisprudenza della Corte Edu, del diritto internazionale e dell'Unione europea vertenti in materia, per poi verificare gli elementi di novità apportati dall'entrata in vigore, il 15 giugno 2019, del decreto legge n. 53/2019, attualmente in fase di conversione, ed in particolare dell'inserimento del comma 1 *-ter* all'art. 11 del d.lgs n. 286/1998.

Infine si esaminerà il recente caso concreto della nave *Sea watch 3*, affrontato nel procedimento n. 3169/2019 della Procura di Agrigento e nell'ordinanza *ex art.* 391 cpp emessa in data 2 luglio 2019 dal gip del Tribunale di Agrigento ¹, oggetto di ricorso per Cassazione da parte della Procura della Repubblica di Agrigento ².

2. La giurisprudenza della Corte Edu

Occorre in proposito muovere dalla nota – e fondamentale – sentenza della Corte Edu del 23 febbraio 2012 nel caso *Hirsi Jamaa ed altri v. Italia* ³.

Con tale sentenza la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con decisione unanime, ha condannato lo Stato italiano al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese nei confronti di ventidue cittadini eritrei e somali che erano partiti, insieme con numerosi altri cittadini non europei (circa duecento), dalle coste della Libia a bordo di tre imbarcazioni per raggiungere le coste italiane ma vennero poi intercettati da tre navi della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana e quindi riportati coattivamente in Libia.

¹ Leggibile a questo indirizzo: http://questionegiustizia.it/doc/gip_Ag_ordinanza_rackete_rigetto_convvalida.pdf

² Leggibile a questo indirizzo: <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/713-e-possibile-ritenere-scriminata-l-azione-della-capitana-rakete>

³ Corte Edu, Grande Camera, causa *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (Ricorso n. 27765/09), sentenza 23 febbraio 2012; per uno dei primi commenti alla sentenza, C. Favilli, *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri in alto mare verso la Libia*, *Questione Giustizia trimestrale* n. 3/2012, ed. Franco Angeli, pp. 199 ss.



Più precisamente, le imbarcazioni che trasportavano i numerosi cittadini non europei furono intercettate dalle navi italiane mentre si trovavano circa 35 miglia a sud dell'isola di Lampedusa, «all'interno della zona marittima di ricerca e salvataggio che rientra nella giurisdizione di Malta»; quindi gli occupanti delle imbarcazioni furono trasferiti sulle navi militari italiane e ricondotti a Tripoli, senza possibilità di scelta, senza alcuna procedura di identificazione e senza essere messi nelle condizioni di poter presentare domanda di protezione internazionale.

L'operazione svolta venne rivendicata dall'allora Ministro dell'interno italiano e si svolse in attuazione di accordi bilaterali, conclusi con l'allora Governo libico presieduto da Gheddafi e finalizzati al contrasto dell'immigrazione clandestina.

La Corte Edu, a sostegno della decisione emessa, ha ritenuto che con tale condotta lo Stato italiano abbia violato l'art. 3 della Cedu⁴ perché ha esposto i ricorrenti al concreto rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in Libia, Stato in cui, allora come ora, non viene rispettata alcuna norma di tutela dei rifugiati e, al contrario, tutte le persone entrate nel paese con mezzi irregolari sono «considerate clandestine, senza alcuna distinzione tra i migranti irregolari e i richiedenti asilo»: in Libia tutte le persone entrate in maniera irregolare nel territorio dello Stato sono «sistematicamente arrestate e detenute in condizioni... inumane. Numerosi casi di tortura, di cattive condizioni igieniche e di assenza di cure mediche appropriate sono stati denunciati da tutti quanti gli osservatori». La Libia, inoltre, non aveva e non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* di rifugiato e nel Paese «non vi è alcuna forma di procedura di asilo e di tutela dei rifugiati». Le autorità italiane, quindi, «sapevano o dovevano sapere» che gli individui respinti «in quanto migranti irregolari sarebbero stati esposti in Libia a trattamenti contrari alla convenzione e non avrebbero potuto accedere ad alcuna forma di tutela in quel paese».

Ulteriore violazione dell'art. 3 della Cedu è derivata dalla circostanza che i ricorrenti sono stati esposti «al rischio di essere rimpatriati arbitrariamente in Eritrea e in Somalia». Si scrive in proposito nella sentenza che «al momento di trasferire i ricorrenti verso la Libia, le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinviiati arbitrariamente nei loro paesi di origine, tenuto conto in particolare dell'assenza di una procedura di asilo e dell'impossibilità di far riconoscere da parte delle autorità libiche lo status di rifugiato accordato all'HCR».

⁴ L'art. 3 della Cedu così recita: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».



La Corte Edu ha altresì ritenuto sussistente una violazione dell'art. 4 del protocollo n. 4 della Cedu, norma che vieta le espulsioni collettive degli stranieri.

Tale norma, ad avviso della Corte, va riferita anche alle espulsioni avvenute in mare, persino a quelle avvenute in alto mare fuori dalle acque territoriali dello Stato; altrimenti, «dei migranti che sono partiti via mare, mettendo spesso a rischio la loro vita, e che non sono riusciti a raggiungere le frontiere di uno Stato, non avrebbero diritto a un esame della loro situazione personale prima di essere espulsi, contrariamente a quelli che sono partiti via terra». Ancor più chiaramente, e senza possibilità di equivoci, la Corte ha affermato che «gli allontanamenti di stranieri eseguiti nell'ambito di intercettazioni in alto mare da parte delle autorità di uno Stato e nell'esercizio dei pubblici poteri, e che producono l'effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere dello Stato o addirittura di respingerli verso un altro Stato, costituiscono un esercizio della loro giurisdizione ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, che impegna la responsabilità dello Stato in questione sul piano dell'articolo 4 del Protocollo n. 4».

È stata poi accertata pure una violazione dell'art. 13 della Convenzione⁵, combinato con i citati articoli 3 e 4 del protocollo n. 4, giacché lo Stato italiano aveva agito *extra ordinem*, con una procedura non prevista dalla legge e sottratta ad ogni controllo di legalità, privando i ricorrenti «di ogni via di ricorso che avrebbe consentito loro di sottoporre ad una autorità competente le doglianze basate sugli articoli 3 della Convenzione e 4 del Protocollo n. 4 e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento».

Tali complessive considerazioni e decisioni della Corte Edu hanno un loro ampio retroterra giuridico, puntualmente illustrato nella parte iniziale della sentenza.

Viene anzitutto alla luce il principio di non respingimento di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951⁶, divenuto «una norma di diritto internazionale consuetudinario

⁵ Così recita l'art. 13 della Cedu: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

⁶ Così recita l'art. 33.1 della Convenzione di Ginevra del 1951, per come modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967: «Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».



vincolante per tutti gli Stati»⁷. Si scrive più in dettaglio che, «nella sua nota sulla protezione internazionale del 13 settembre 2001 (...) l’HCR, che ha il compito di vigilare sul modo in cui gli Stati parte applicano la Convenzione di Ginevra, ha indicato che il principio enunciato all’articolo 33 “...copre qualsiasi misura imputabile ad uno Stato che possa produrre l’effetto di rinviare un richiedente asilo o un rifugiato verso le frontiere di un territorio in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate e in cui rischierebbe una persecuzione. Ciò include il rigetto alle frontiere, l’intercettazione e il respingimento indiretto, che si tratti di un individuo in cerca di asilo o di un afflusso massiccio”».

Soccorrono poi, a fondamento giuridico della decisione assunta dalla Corte Edu, gli artt. 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁸, l’art. 3 del Regolamento n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un

⁷ Così nella nota del 13 settembre 2001 dell’HCR, l’autorità che ha il compito di vigilare sul modo in cui gli Stati parte della Convenzione la applicano.

⁸ L’art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea dispone che: «Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea». L’art. 19 del medesimo testo normativo dispone a sua volta che: «1. Le espulsioni collettive sono vietate, 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». In proposito è bene precisare che, ai sensi dell’art. 51 della medesima Carta dei diritti fondamentali, essa vincola gli Stati membri «esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione», senza estendere «l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione» e senza introdurre «competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione». In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «i diritti fondamentali garantiti dalla cd. Carta di Nizza assumono rilievo immediatamente precettivo solo quando una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione e l’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta» (Cass. sez. lav. sent. n. 11129 del 30 maggio 2016). Ancor più precisamente, si è affermato che «ai fini dell’applicabilità dei diritti fondamentali dell’Unione europea, una norma nazionale, per rientrare nella nozione di “attuazione del diritto dell’unione”, ai sensi dell’articolo 51, § 1, della Carta di Nizza, deve avere un collegamento di una certa consistenza con il diritto europeo che vada al di là dell’affinità tra le materie prese in considerazione o dell’influenza esercitata da una materia sull’altra, occorrendo verificare se essa risponda allo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere, e se persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto unionale, quand’anche sia in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa unionale che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa» (Cass. civ. sent. n. 23272 del 27 settembre 2018).



codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere ⁹, e la Decisione del Consiglio europeo del 26 aprile 2010 relativa alla operazioni alle frontiere marittime coordinate da Frontex ¹⁰.

La pronuncia *Hirsi Jamaa v. Italia*, particolarmente autorevole anche perché emessa dalla Grande Camera, non risulta smentita da altre di segno contrario.

Sempre nella giurisprudenza della Corte Edu, si segnalano, come rilevanti ai fini della tematica che qui interessa, la sentenza *Khlaifia v. Italia*, del settembre del 2015 ¹¹, e la sentenza *Sharifi e altri v. Italia e Grecia*, dell'ottobre del 2014. Nella prima, per quanto qui maggiormente interessa, si afferma in linea di principio che il trattenimento a bordo di un'imbarcazione di un cittadino non europeo per circa una settimana all'interno di due navi alloggiate nel porto di Palermo, in condizioni di sovraffollamento, senza libero accesso ai servizi igienici e con la fornitura del cibo attuata mediante il lancio delle razioni sul

⁹ L'art. 3 di tale Regolamento «si applica a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne di uno Stato membro, senza pregiudizio... dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non-respingimento». Tale Regolamento non è più in vigore ed è stato oggi sostituito dal Regolamento n. 399/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio (cd. codice delle frontiere di Schengen). Anche tale norma, sempre all'art. 3, afferma che l'intero Regolamento si applica a chiunque attraversi le frontiere esterne o interne di uno Stato membro, «senza pregiudizio... dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento». Anche il successivo art. 4 afferma che, in sede di applicazione del Regolamento, gli Stati membri agiscono «nel pieno rispetto» del pertinente diritto dell'Unione e del pertinente diritto internazionale, in particolare per quanto attiene al principio di non respingimento (*non-refoulement*), espressamente citato. L'art. 5, comma 3, consente agli Stati membri di applicare sanzioni in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne ed il successivo art. 14 consente il respingimento individuale delle persone che non soddisfano le condizioni d'ingresso nel territorio dello Stato, ma entrambe le norme fanno salvi gli obblighi degli Stati in tema di diritto d'asilo e di protezione internazionale nonché, sulla base delle disposizioni generali di cui si è scritto, il principio di non respingimento. Per completezza, merita di precisarsi che anche la direttiva n. 115/2008 dell'Unione, in materia di rimpatri, fa salvi la Convenzione di Ginevra del 1951 (punto n. 23 della premessa) ed il principio di non respingimento (art. 5).

¹⁰ L'art. 1, comma 2, di tale Decisione stabilisce che «nessuno può essere sbarcato o altrimenti consegnato alle autorità di un Paese in violazione del principio di non-respingimento o nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio...».

¹¹ Per un primo commento, cfr. F. Cancellaro, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in questa *Rivista on-line*, 11 gennaio 2017, http://questionegiustizia.it/articolo/migranti_italia-condannata-dalla-cedu-per-trattenimenti-illegittimi_10-01-2017.php.



pavimento costituisce un trattamento disumano e degradante ¹². Nella seconda sentenza, l'Italia è stata condannata, insieme con la Grecia, per aver effettuato un respingimento automatico di alcuni cittadini afgani; respingimento attuato dalle autorità di frontiera italiane nei porti del Mar Adriatico, consegnando le dette persone ai comandanti dei traghetti con lo scopo di ricondurle in Grecia, privandole così di qualsiasi diritto procedurale e sostanziale, anche relativo alla richiesta di protezione internazionale ¹³.

Dunque possiamo affermare che il diritto promanante dalla Conv. Edu, per come interpretato dalla Corte Edu, vieta agli Stati membri di effettuare respingimenti collettivi in mare, sia in forma diretta sia in forma indiretta. In altre parole, non è consentito rimandare in un Paese non sicuro, quale era – e quale è – la Libia, un'imbarcazione a bordo della quale vi siano delle persone, anche se prive della cittadinanza europea; ciò è ancor più vero se si tiene presente che, con ogni probabilità, su quell'imbarcazione vi sono anche potenziali richiedenti la protezione internazionale, ai quali, per effetto del respingimento collettivo o del rigetto alla frontiera, viene preclusa la possibilità di presentare la relativa domanda.

Allo stesso modo, poi, non è neppure consentito impedire l'ingresso di un'imbarcazione, specie se proveniente da un porto non sicuro, quale era – e quale è – la Libia, disinteressandosi del destino dei potenziali richiedenti asilo che vi alloggiano; in questo caso, infatti, quando non sia fornita la concreta indicazione e la concreta disponibilità di un altro e diverso porto sicuro, si determina il rischio concreto del ritorno di quelle stesse persone dal porto non sicuro dal quale provenivano, in violazione del principio di non

¹² Su tale punto la domanda dei ricorrenti non è stata però accolta per difetto di prova. La domanda è stata invece accolta per altri capi della domanda; in particolare, l'Italia è stata condannata in quell'occasione per l'illegittima detenzione dei ricorrenti, per le condizioni disumane e degradanti in cui gli stessi erano stati relegati nel centro di accoglienza nonché per aver sottoposto i ricorrenti ad un allontanamento coattivo contrario al Protocollo addizionale n. 4. Quanto all'illegittima detenzione dei ricorrenti, la Corte Edu ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 5, commi 1, 2 e 4, della Cedu, per la mancanza di base legale della detenzione nei centri di accoglienza per migranti

¹³ La Corte Edu ha in quella sede affermato che il sistema di Dublino – che serve per determinare lo Stato membro dell'Unione europea competente per l'esame della domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo – deve essere applicato in modo compatibile con la Convenzione; non può essere invece giustificata alcuna forma di allontanamento collettivo e indiscriminato facendo riferimento a tale sistema, e spetta allo Stato che esegue il respingimento garantire che il paese di destinazione offra garanzie sufficienti, nell'applicazione della sua politica di protezione internazionale, per impedire che la persona interessata sia espulsa verso il suo paese di origine senza una valutazione dei rischi cui vada incontro.



respingimento. È infatti evidente, dalla lettura della citata sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia*, che, per concretizzare una violazione degli artt. 3 e 4, protocollo n. 4, della Conv. Edu, è sufficiente che le persone interessate siano esposte al concreto rischio di essere ricondotte in Libia, senza che sia indispensabile accertare che tale epilogo vi sia stato, dovendosi al contrario, anzitutto da parte dei pubblici poteri, agire affinché esso non si verifichi. Per essere più precisi, la citata sentenza della Corte Edu afferma che sono in contrasto con i diritti fondamentali convenzionali «gli allontanamenti di stranieri ... che producono l'effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere dello Stato»; la stessa sentenza puntualizza che la Convenzione di Ginevra del 1951, per come integrata dal protocollo aggiuntivo del 1967, «copre qualsiasi misura imputabile ad uno Stato che possa produrre l'effetto di rinviare un richiedente asilo o un rifugiato verso le frontiere di un territorio in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate e in cui rischierebbe una persecuzione», ivi compresa l'ipotesi del «rigetto alle frontiere».

Per chiudere sul punto, si deve quindi ritenere che una norma di diritto interno che si ponga in conflitto con le richiamate norme della Conv. Edu (e protocolli addizionali), per come interpretate dalla suddetta giurisprudenza della Corte Edu, ed in particolare che si ponga in conflitto con il principio di non respingimento, sarebbe costituzionalmente illegittima.

È noto infatti che, a decorrere dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, l'ordinamento giuridico italiano prevede che «l'art. 117, primo comma, Cost., ... nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo», sicché, in caso di contrasto tra il diritto interno e la norma della Cedu, il giudice interno «deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti in cui ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.»¹⁴.

¹⁴ La giurisprudenza interna ha in proposito precisato che «tale assetto del sistema delle fonti non è stato modificato dal rinvio alla Cedu operato dall'art. 6, par. 3, del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, dato che tale norma disciplina il rapporto della Cedu con l'Unione europea e non quello con gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» (Cass. sez. lav. sent. n. 2286 del 30 gennaio 2018). Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno ritenuto in proposito che «la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce



3. Il diritto internazionale convenzionale ed i casi *Cap Anamur* e *Diciotti*

La necessità da parte dello Stato italiano di assicurare lo sbarco di un naviglio all'interno di quello che viene definito come un «porto sicuro» (*place of safety*) discende altresì dalla normativa convenzionale di natura internazionale, così come ben ricostruita in due pertinenti precedenti giurisprudenziali di merito che appare opportuno citare: la sentenza del 7 ottobre 2009 del Tribunale di Agrigento sul caso della nave *Cap Anamur*¹⁵ e l'ordinanza del Tribunale dei ministri di Catania del 7 dicembre 2018 sul caso della nave *Diciotti*¹⁶.

Cominciando dalla prima, essa presenta significativi elementi di analogia con la recente vicenda della nave *Sea Watch 3*, che in prosieguo si affronterà.

La *Cap Anamur* era una nave battente bandiera tedesca ed era utilizzata dall'omonima associazione filantropica tedesca «per il trasporto di viveri, medicinali, attrezzatura medica e materiale vario nell'ambito dei diversi progetti umanitari». Nel giugno del 2004 era ormeggiata nel porto maltese de La Valletta per alcune riparazioni meccaniche e, mentre

della clausola di equivalenza sancita dall'art. 52, par. 3, non ha determinato una “trattatizzazione” indiretta e piena della Cedu, la quale è predicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non già da norme nazionali prive di alcun legame con il diritto dell'Unione europea» (Cass. Sez. un. sent. n. 9595 del 13 giugno 2012). In senso analogo anche la giurisprudenza della Corte di giustizia: Corte di Giustizia, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 24 aprile 2012, nel caso *Kamberaj* (causa C-571/10, punti 59 e ss., leggibile a questo [link](#)); Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson (causa C-617/10, punti 44 e ss., leggibile a questo [link](#)).

¹⁵ Vicenda recentemente evocata – con ulteriori riferimenti bibliografici – in L. Masera, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano? Questione Giustizia trimestrale*, n. 2/2018, <http://questionegiustizia.it/rivista/2018/2/l-incriminazione-deisoccorsi-inmare-dobbiamo-rassegnarci-aldisumano-549.php>.

¹⁶ Limitandosi ai riferimenti essenziali, rimandiamo ai contributi comparsi su questa *Rivista*, per cui cfr.: L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, 29 gennaio 2019, <http://questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti-29-01-2019.php>; E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, 14 marzo 2019, <http://www.questionegiustizia.it/articolo/i-fondamenti-del-costituzionalismo-alla-prova-del-14-03-2019.php>; A. Ciervo, *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti*, 18 marzo 2019, <http://questionegiustizia.it/articolo/ancora-sul-parere-della-giunta-del-senato-per-le-immunita-sul-caso-diciotti-18-03-2019.php>.



eseguiva delle «prove tecniche nel Mediterraneo», il 20 giugno «avvistava un gommone con 37 persone a bordo e procedeva al loro recupero»: si trattava di 37 cittadini extracomunitari che erano partiti dalla Libia ed intendevano approdare a Lampedusa. Il successivo 30 giugno la *Cap Anamur* chiedeva quindi l'autorizzazione all'attracco alla Capitaneria di porto di Porto Empedocle (Agrigento), che veniva però negata il giorno successivo su «disposizione del Ministero dell'Interno – Servizio immigrazione e Polizia di frontiera». Le autorità italiane, viceversa, tramite la Capitaneria di Porto, diramavano «l'ordine di fermare la nave prima che entrasse in acque territoriale italiane», ritenendo in proposito che «il lasso temporale (di ben dieci giorni) intercorso tra la data (20 giugno) del salvataggio (peraltro verificatosi in un punto più vicino alle coste libiche che a quelle italiane) e la data (30 giugno) in cui il capitano Schimdt aveva comunicato la notizia comportasse, quale conseguenza giuridica sul piano del diritto marittimo, la perdita dello status di naufrago in capo ai 37 migranti»¹⁷.

Ricevuto il divieto di entrare nelle acque italiane, la nave rimaneva per circa dieci giorni nelle acque internazionali, «in prossimità del limite delle acque territoriali italiane», ed era sottoposta ad un costante monitoraggio «da parte di motovedette delle varie forze di polizia». In quel periodo venivano compiuti vari tentativi diplomatici di risoluzione della questione, senza successo. Nel frattempo, «i 37 migranti, non vedendo la fine della situazione nonostante il passare dei giorni iniziavano a mostrare atteggiamenti di nervosismo, frustrazione e tensione... La situazione rischiava di divenire ingovernabile». Pertanto, sulla base di quanto rappresentato dal capitano, le autorità italiane autorizzavano la *Cap Anamur* ad entrare nelle acque territoriali italiane, disponendo controlli sanitari, dai quali emergeva «che gli extracomunitari erano in discrete condizioni fisiche non rilevando segni o sintomi di malattia contagiosa o infettiva». Il successivo 12 luglio la nave, ricevuta l'autorizzazione della Guardia costiera, attraccava a Porto Empedocle. Venivano quindi tratti in arresto il capitano della nave, il primo ufficiale della medesima ed il presidente dell'omonimo comitato; le medesime tre persone che saranno poi tratte a giudizio.

L'imputazione contestata dalla Procura di Agrigento è stata quella di aver violato l'art. 12, commi 1, 3 e 3-bis, del d.lgs n. 286/1998, per aver compiuto «attività diretta a favorire l'ingresso clandestino nel territorio nazionale di 37 cittadini extracomunitari», per

¹⁷ Le autorità italiane avevano inoltre sottolineato che la nave, tra il 20 giugno ed il 30 giugno, aveva stazionato in prossimità delle acque territoriali maltesi, senza però entrarvi, deducendo da tale comportamento che essa non poteva chiedere l'attracco in Italia.



procurarsi un «profitto sia diretto che indiretto», consistente nella «pubblicità e risonanza internazionale ottenuta» e nella «vendita a terzi delle immagini e delle informazioni relative ai fatti per cui è processo», rappresentando falsamente una situazione di emergenza sanitaria in realtà insussistente.

Ebbene, due dei tre imputati (il comandante della nave ed il responsabile della missione) sono stati assolti perché il fatto non costituisce reato mentre il terzo (il primo ufficiale) per non aver commesso il fatto. La sentenza di assoluzione, le cui motivazioni sono state pubblicate in data 15 febbraio 2010, non è stata appellata dalla pubblica accusa ed è divenuta irrevocabile.

A fondamento della pronuncia assolutoria si è anzitutto ricostruito il quadro giuridico, di sicuro interesse perché, in gran parte, ancora attuale. Sulla base dell'art. 98 della Convenzione delle Nazioni unite sul diritto del mare di Montego bay del 10 dicembre 1982 (cd. Uniclos) ¹⁸, dell'art. 10 della Convenzione sul soccorso in mare e nelle acque dell'aprile del 1989 (cd. Salvage) ¹⁹, della convenzione cd. Solas firmata a Londra nel 1974 ²⁰ e della convenzione cd. Sar sulla ricerca ed il soccorso in mare ²¹, si è scritto in sentenza che il comandante di una nave ha «l'obbligo di diritto internazionale... di procedere al salvataggio» del natante e delle persone che vi si trovino a bordo. Si è poi aggiunto, in maniera sicuramente significativa, che «la nave soccorritrice costituisce un luogo puramente provvisorio di salvataggio in quanto le persone tratte in salvo debbono essere condotte in un luogo (sicuro) della terraferma e la nave soccorritrice deve essere, al contempo, sollevata dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi non appena possono essere intraprese

¹⁸ La convenzione è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 689 del 2 dicembre 1994. L'art. 98 della Convenzione Uniclos dispone che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita quanto più velocemente possibile», ogni Stato costiero ha altresì l'obbligo di «promuovere l'istituzione, l'attivazione ed il mantenimento di un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso relativo alla sicurezza in mare...».

¹⁹ L'art. 10 della Convenzione Salvage dispone che «ogni comandante è obbligato, nella misura in cui ciò non crei pericolo grave per la sua nave e le persone a bordo, a soccorrere ogni persona che sia in pericolo di scomparsa in mare. Gli Stati adotteranno tutte le misure necessarie per far osservare tale obbligo». La cd. convenzione Salvage è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 129 del 12 aprile 1995.

²⁰ La Convenzione Solas è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 313 del 23 maggio 1980.

²¹ La Convenzione Sar (*Search and Rescue*) è stata adottata ad Amburgo del 27 aprile 1979 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 47 del 3 aprile 1989. Il testo di tale convenzione è stato successivamente modificato, come si scriverà nel prosieguo.



soluzioni alternative». Il luogo sicuro viene infatti definito dalla normativa internazionale come *place of safety*, ossia come «la località in cui le operazioni di soccorso si considerano concluse e dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non sia minacciata; dove le necessità umane primarie (cibo, alloggio, servizi medici) possano essere soddisfatte e possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale». Questo *place of safety* non poteva consistere nella Libia, per le stesse ragioni che sono state indicate nella sentenza della Cedu *Hirsi Jamaa v. Italia*, e non poteva essere neppure Malta, sia alla luce delle concrete e deficitarie condizioni di vita dei migranti e dei richiedenti asilo politico riscontrate in tale Stato sia perché, una volta esclusa la Libia, le coste più vicine al luogo in cui sono stati recuperati i 37 naufraghi erano quelle di Lampedusa (non quelle maltesi). Dunque, il comandante della nave, portando i 37 naufraghi in un porto italiano, ha agito «nella esecuzione di un dovere fondamentale imposto da una norma di diritto internazionale o – quantomeno – nella ragionevole persuasione di trovarsi nelle condizioni di fatto che imponevano l’adempimento del dovere tramite le modalità esecutive poste in essere», senza travalicare i limiti della scriminante ²² ²³.

Particolarmente accurata si rileva la ricostruzione giuridica della materia qui in esame contenuta nel citato provvedimento del 7 dicembre 2018 del Tribunale di Catania, sezione reati ministeriali.

²² Si vedrà che si tratta della medesima conclusione cui è pervenuto il gip dello stesso Tribunale di Agrigento nel caso della nave *Sea Watch 3*.

²³ Nel prosieguo della motivazione assolutoria, meno rilevante ai fini del presente scritto, si scrive che il comandante della nave non aveva tratto in inganno le autorità marittime italiane, indicando una falsa data di salvataggio o una pretesa emergenza idrica, sanitaria o di carburante per forzare le stesse autorità al rilascio dell’autorizzazione all’ingresso in porto della motonave. Si scrive altresì che «la valutazione della sussistenza del reato di cui trattasi prescinde dall’esistenza di un provvedimento di diniego di attracco, della sua legittimità e dal fatto che i soggetti agenti lo abbiano o meno trasgredito in quanto, è di tutta evidenza, che l’ordine di non entrare in acque nazionali e di non sbarcare in un porto italiano (atto amministrativo emanato a seguito della domanda di accosto) non costituisce un presupposto dell’illecito penale contestato né tanto meno un elemento costitutivo della fattispecie criminosa di cui all’art. 12 d.lvo 286/1998. Si può ben prescindere pertanto dal sindacare la legittimità del divieto di fare ingresso in acque nazionali impartito dalle autorità marittime italiane alla motonave *Cap Anamur*». Esclusa poi, per la ricorrenza della scriminante, la sussistenza del profilo oggettivo della condotta contestata, diveniva irrilevante accertare il dolo specifico della condotta, dovendosi comunque escludere, per le motivazioni meglio indicate nella sentenza, che gli imputati avessero agito per il conseguimento di un vantaggio di tipo puramente patrimoniale.



La vicenda penale all'attenzione del Tribunale dei Ministri di Catania era ben diversa, e per molti versi opposta, a quelle fino ad ora esaminate: l'indagine era a carico dell'attuale Ministro dell'interno, senatore Matteo Salvini, accusato del reato di sequestro di persona per avere indebitamente privato 177 migranti di varie nazionalità della libertà personale in quanto, «violando le Convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare e le correlate norme di attuazione nazionali», non aveva consentito al competente dipartimento ministeriale di esitare la richiesta di *place of safety* proveniente dall'unità navale *Diciotti* della Guardia costiera italiana, bloccando così la procedura di sbarco dei migranti e lasciando questi ultimi a bordo della nave per circa cinque giorni.

Dalla lettura del capo d'imputazione, formulato dal Tribunale dei Ministri ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge costituzionale n. 1/1989, è però evidente che la vicenda concreta è molto simile rispetto a quelle del caso *Cap Anamur*, di cui si è scritto, e del caso *Sea Watch 3*, di cui si scriverà nel prosieguo: un'imbarcazione sulla quale hanno trovato posto numerosi cittadini non europei che provenivano dalla Libia e che sono stati raccolti come naufraghi in mezzo al mare; un'imbarcazione alla quale non è stato consentito per un significativo arco temporale di attraccare sul territorio italiano.

La ricostruzione giuridica contenuta nel provvedimento del Tribunale dei Ministri di Catania è particolarmente accurata e pertinente e merita di essere qui riportata, sia pure in sintesi. Si scrive anzitutto che «l'obbligo di salvare la vita in mare costituisce un preciso dovere degli Stati e prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare. Le Convenzioni internazionali in materia, cui l'Italia ha aderito, costituiscono un limite alla potestà legislativa dello Stato e, in base agli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione, non possono costituire oggetto di deroga da parte di valutazioni discrezionali dell'autorità politica (...), assumendo un rango gerarchico superiore rispetto alla disciplina interna (l'art. 117 Cost. prevede che la potestà legislativa è esercitata nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali)». Si precisa che tale conclusione è il frutto delle Convenzioni Uniclos, Solas e Sar, di cui si è scritto in precedenza, e si aggiunge poi che, nel luglio del 2006, sono entrati in vigore sia alcuni emendamenti alle Convenzioni Solas e Sar sia le correlate linee guida, le quali pongono un espresso «obbligo degli Stati di cooperare nelle situazioni di soccorso» e che stabiliscono «che il governo responsabile per la regione Sar in cui sono stati recuperati i sopravvissuti sia responsabile di fornire un luogo sicuro» dove sbarcare i naufraghi; eguale obbligo vi è però in capo anche all'autorità nazionale «che ha avuto il primo contatto con la persona in pericolo in mare...



tanto nel caso in cui l'autorità nazionale competente Sar dia risposta negativa alla possibilità di intervenire in tempi utili, quanto in assenza di ogni riscontro da parte di quest'ultima». Conseguenza da ciò che la normativa internazionale di riferimento viene violata in caso di omissione dell'indicazione del *luogo sicuro* di sbarco da parte dello Stato di primo contatto o, se diverso, anche dall'autorità competente Sar: sul punto la discrezionalità delle autorità interne attiene soltanto all'individuazione del concreto luogo di sbarco e non all'*an* della decisione. Si precisa poi che il luogo sicuro non può consistere in un'imbarcazione, che lo è soltanto «per il tempo strettamente necessario per procedere allo sbarco dei naufraghi nella destinazione finale a terra».

Sulla base di tali premesse giuridiche il Tribunale dei Ministri di Catania ha ritenuto che il Ministro dell'interno, senatore Matteo Salvini, dando disposizioni di non indicare un luogo di sbarco per la nave *Diciotti*, avesse indebitamente privato della libertà personale, per circa cinque giorni, le persone presenti su quel natante. Ai sensi della legge costituzionale n. 1/1989 e dell'art. 96 della Costituzione gli atti sono stati quindi trasmessi al Senato della Repubblica, che, nella seduta del 20 marzo 2019, ha deciso che il Ministro avesse agito nell'esercizio delle sue funzioni di Governo e «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo». L'indagine è stata dunque archiviata e non vi sarà alcun epilogo dibattimentale ²⁴.

Dunque, per concludere sul punto, sulla base della normativa europea e sovranazionale ora citata, lo Stato italiano:

a) non può respingere verso un porto non sicuro, o verso la probabile destinazione di un porto non sicuro, un'imbarcazione sulla quale vi siano delle persone, quand'anche prive

²⁴ Si richiamano comunque i già evocati contributi di cfr. L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in questa *Rivista on-line*, 29 gennaio 2019 [leggibile a questo link <http://questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti-29-01-2019.php>]; E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in questa *Rivista on-line*, 14 marzo 2019 <http://www.questionegiustizia.it/articolo/i-fondamenti-del-costituzionalismo-alla-prova-del-14-03-2019.php>]; A. Ciervo, *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti*, in questa *Rivista on-line*, 18 marzo 2019, <http://questionegiustizia.it/articolo/ancora-sul-parere-della-giunta-del-senato-per-le-immunita-sul-caso-diciotti-18-03-2019.php>.



della cittadinanza europea e quand'anche non in regola con le leggi interne in materia di immigrazione;

b) ha viceversa l'obbligo di indicare un luogo di sbarco sul proprio territorio sia ove l'imbarcazione di cui sopra sia stata per la prima volta individuata nella propria zona Sar sia nel caso in cui le autorità italiane abbiano costituito lo Stato di primo contatto, per diniego o per mancata risposta dell'autorità nazionale competente Sar.

4. La norma di cui all'art. 11, comma 1-ter, del d.lgs. n. 286/1998

Occorre ora valutare l'impatto, su questo articolato quadro normativo, dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 53 del 14 giugno 2019 (in corso di conversione mentre si scrivono queste note) ²⁵; la norma appena citata ha introdotto all'art. 11 del d.lgs n. 286/1998 (intitolato *Potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera*) il seguente comma 1-ter: «Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri». L'eventuale violazione di tale provvedimento determina un illecito amministrativo ²⁶.

²⁵ Per un primo commento al cd. *decreto sicurezza bis*, vds. A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in questa *Rivista on-line*, 20 giugno 2019, <http://questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-del-decreto-sicurezza-bis-20-06-2019.php>.

²⁶ L'art. 2, comma 1, del medesimo decreto legge così recita: «All'articolo 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dopo il comma 6 è inserito il seguente: “6-bis. Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'articolo 11, comma 1-ter. In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, notificato al comandante e, ove possibile, all'armatore e al proprietario della nave, si applica a ciascuno di essi, salve le sanzioni penali



Nella premessa del suddetto decreto legge si scrive che, a fondamento della decisione politica assunta, vi è «la straordinaria necessità e urgenza di prevedere misure volte a contrastare prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica, attribuite dall'ordinamento vigente al Ministro dell'interno quale Autorità nazionale di pubblica sicurezza». Nella relazione di accompagnamento si scrive poi che «la modifica apportata... esplicita, con specifico riferimento ai profili che attengono al fenomeno migratorio via mare, competenze e prerogative che la vigente normativa già attribuisce al Ministro dell'interno in via generale, il cui efficace esercizio appare particolarmente importante in un periodo storico contrassegnato da persistenti e ricorrenti minacce, anche di tipo terroristico internazionale»; si aggiunge che «l'intervento normativo si rende necessario, indifferibile e urgente in considerazione dell'evidenza che gli scenari geopolitici internazionali possono rischiare di riaccendere l'ipotesi di nuove ondate di migrazione. È questa un'eventualità che comunque non può essere sottovalutata anche in considerazione dell'approssimarsi della stagione estiva che, da sempre, fa registrare il picco massimo di partenze di imbarcazioni cariche di migranti (in cui, peraltro, con maggiore facilità, possono celarsi anche cellule terroristiche»²⁷.

Dunque, a leggerne la *ratio* così come esplicitata, la norma in esame ha natura ricognitiva di compiti che il sistema normativo già attribuisce al Ministro dell'interno e che è opportuno ribadire ed esplicitare per il contrasto ai fenomeni terroristici, in presenza di non meglio precisate «prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica».

La norma, proprio sul piano testuale, fa salvo il «rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia», tra i quali vi sono senz'altro, come scritto in premessa, il principio di non respingimento ed il divieto di espulsioni collettive. Ne consegue che essa non vuole porsi e non si pone in contrasto con la normativa internazionale sopra richiamata, di rango sovraordinato alla legge interna ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, né prevede di derogare ad essa.

quando il fatto costituisce reato, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000. In caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, si applica altresì la sanzione accessoria della confisca della nave, procedendo immediatamente a sequestro cautelare. All'irrogazione delle sanzioni, accertate dagli organi addetti al controllo, provvede il prefetto territorialmente competente. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, ad eccezione dei commi quarto, quinto e sesto dell'articolo 8-*bis*».

²⁷cfr. <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1913.18PDL0064630.pdf>.



In proposito, non deve trarre in inganno il riferimento «all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689». Tale norma convenzionale stabilisce infatti che è da considerarsi come passaggio non inoffensivo quello della nave che effettui «il carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero»; in questo caso il passaggio può arrecare nocimento alla «pace», al «buon ordine» ed alla «tranquillità» dello Stato costiero. La stessa norma convenzionale, invero, rimanda alle «leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero», le quali, anche per lo straniero «comunque presente alla frontiera», fanno salvo ed anzi includono il principio di non respingimento ed il divieto delle espulsioni collettive ²⁸.

Se questo è vero, il comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998 non può mai concretizzare o consentire espulsioni di natura collettiva né violare il principio di non respingimento né, tanto meno, far venire meno l'obbligo per il comandante di una nave di condurre i naufraghi in un porto sicuro. La norma potrà trovare invece applicazione, per proporre un esempio (ovviamente non esaustivo), nel caso di un'imbarcazione sulla quale si trovino persone che non abbiano commesso reati sul suolo italiano ma, per le quali, vi siano concreti e consistenti indizi di partecipazione, all'estero, ad attività materiali o ad atti di propaganda di terrorismo internazionale: in questo caso potrebbero sussistere i «motivi di ordine e sicurezza pubblica» richiamati dalla norma, che il provvedimento attuativo della norma deve aver cura di illustrare e specificare in dettaglio, senza inammissibili genericità.

La norma potrebbe altresì trovare applicazione in caso di mera violazione, da parte di chi dirige l'imbarcazione, delle norme interne in tema di immigrazione, a patto però di non violare il principio di non respingimento e la normativa in tema di protezione internazionale

²⁸ «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1, del d.lgs n. 286/1998); le disposizioni in tema di *Respingimento* non si applicano «nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari» (art. 10, comma 4, del d.lgs n. 286/1998); il d.lgs n. 251/2007, attuativo della direttiva comunitaria n. 83/2004 in materia di protezione internazionale, nel definire il contenuto della protezione internazionale ne detta un contenuto aggiuntivo, ulteriore rispetto ai «diritti stabiliti dalla Convenzione di Ginevra». Si rimanda poi a quanto già scritto nella nota n. 6.



e di indicare specifiche e cogenti ragioni che impongano al comandante di una nave di non dover adempiere al dovere di condurre i naufraghi recuperati in un porto sicuro; ragioni che però non possono mai far venir meno definitivamente tale dovere, di rango superiore alla norma primaria, ma soltanto precisarlo o comprimerlo temporaneamente. Questa è l'unica interpretazione possibile e ragionevole della norma. Ove invece si ritenesse che essa consenta di «vietare» in maniera e per tempi indefiniti «l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale» non solo per specifiche ed individualizzanti ragioni di ordine e sicurezza pubblica ma anche per la mera violazione della normativa interna in materia di immigrazione, ossia sol perché sul naviglio vi siano persone (magari anche solo alcune) non in regola con il permesso di soggiorno, allora la norma si porrebbe in contrasto con gli obblighi internazionali indicati al paragrafo *sub 3)* che precede e, quindi, si porrebbe in contrasto con se stessa visto essa fa salvi, senza eccezioni di sorta, gli «obblighi internazionali dell'Italia». Ed è noto in proposito, per giurisprudenza costituzionale ormai costante e pacifica, che tutte le norme debbono ricevere, tra due o più significati astrattamente possibili, quello che le rende costituzionalmente compatibili, laddove invece vanno dichiarate incostituzionali soltanto quelle norme che, per il loro insuperabile contenuto precettivo, non possono ricevere un'interpretazione costituzionalmente orientata [si vedano in proposito, *ex plurimis*, Corte Costituzionale sentenze nn. 356/1996, 200/1999, 386/1999, 403/2007, 379/2007, 343/2006, 336/2002, 348/2007, 349/2007; ordinanze nn. 85/1997 e 98/2010); ciò vale anche in caso di eventuale contrasto tra le norme interne ed il diritto Cedu (cfr. Corte Cost, sentenze citate nn. 348 e 349 del 2017)].

Per essere ancor più chiari, ove si ritenesse che la norma non è suscettibile di ricevere un'interpretazione costituzionalmente orientata perché il verbo «vietare» ed il generico riferimento alla violazione delle leggi interne in materia di immigrazione consentono anche il respingimento in mare *tout court*, o comunque il generale divieto di approdo alle barche che hanno raccolto naufraghi in mezzo al mare, allora il giudice sarebbe tenuto a sollevare *in parte qua* un'eccezione di legittimità costituzionale ²⁹.

5. Il caso *Sea Watch 3*

²⁹ Per le ragioni indicate nella nota n. 14 non si ritiene invece che il giudice possa procedere ad una disapplicazione della norma per contrasto con il diritto dell'Unione: la norma, per il suo oggetto e le sue finalità, non sembra essere strettamente attuativa del diritto dell'Unione, il quale non si occupa direttamente dei respingimenti in mare.



Ad avviso di chi scrive non è stata corretta l'applicazione che – dell'art. 11, comma 1-ter, d.lgs n. 286/1998 – è stata fatta nel caso della nave *Sea Watch 3* (d'ora in avanti *Sea Watch*); caso che si è verificato nel mare antistante l'isola di Lampedusa nel mese di giugno del corrente anno 2019 e che ora si analizzerà.

5.1 La fattispecie concreta

Sulla base delle relazione di polizia giudiziaria, riportata nell'ordinanza ex art. 391 cpp di diniego della convalida di arresto, emessa in data 2 luglio 2019 dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Agrigento ³⁰, emerge quanto segue: nella mattina del 12 giugno 2019 la nave *Sea Watch*, battente bandiera olandese, effettuava il soccorso di 53 persone che si trovavano su un'imbarcazione di fortuna, proveniente dalla Libia e rinvenuta nella cd. zona Sar libica; la Guardia costiera libica assumeva quindi il coordinamento dell'evento Sar e, dopo poco, comunicava l'assegnazione del *place of safety* (pos) nel porto di Tripoli; la *Sea Watch*, viceversa, «riferiva che la Libia non poteva qualificarsi come porto sicuro e... pertanto, richiedeva un alternativo POS o il trasbordo su un'altra unità»; il Centro nazionale italiano di coordinamento del soccorso in mare, appositamente contattato, denegava la propria competenza e non indicava «alcun Pos dove potere sbarcare i naufraghi»; la *Sea watch*, quindi, «si dirigeva verso nord in direzione del porto sicuro più vicino rispetto alla posizione di salvataggio», ossia verso Lampedusa; il Ministero dell'interno italiano dapprima, in data 13 giugno, ribadiva alla *Sea Watch* «l'obbligo di rivolgersi alla Autorità Sar competente per territorio» intimandola a non entrare nelle acque italiane, e poi, il successivo 15 giugno, dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto legge n. 53/2019, formalizzava un provvedimento di «divieto di ingresso, transito e sosta della nave ... nel mare territoriale nazionale»; per i successivi giorni, fino al 22 giugno, la nave rinnovava plurime richieste per l'indicazione di un pos e riceveva visite da parte di personale sanitario, in esito alle quali venivano fatti sbarcare dieci migranti; il 22 giugno, verso le ore 14, la nave entrava nelle acque territoriali italiane deducendo la necessità di cure per un'ulteriore persona, fatta sbarcare il successivo 27 giugno; la nave subiva quindi una perquisizione a bordo, con successivo sequestro di materiale disposto dalla Procura della Repubblica di

³⁰ Gip presso il Tribunale di Agrigento, ordinanza 2 luglio 2019, leggibile a questo link http://questionegiustizia.it/doc/gip_Ag_ordinanza_rackete_rigetto_convalida.pdf



Agrigento; infine, alle ore 1:15 del 29 giugno, la *Sea Watch* avviava i motori e si dirigeva verso il porto di Lampedusa, giungendovi verso le ore 01:40, allorché un'imbarcazione della Guardia di Finanza «si dirigeva verso la banchina commerciale frapponendosi fra la detta banchina e la motonave, nel tentativo di impedire l'attracco della *Sea Watch*, che alle ore 01:45, durante le manovre di ormeggio presso la suddetta banchina urtava l'unità della Gdf che, però, riusciva a sfilarsi e ad ormeggiare poco distante dalla nave»; la polizia giudiziaria procedeva quindi all'arresto in flagranza di reato del comandante della nave, Carola Rackete, cittadina tedesca, per i reati di cui agli artt. 1100 cod. nav. e 337 cp.

5.2 La decisione del gip di non convalidare l'arresto

Tanto premesso in fatto, il gip di Agrigento non ha convalidato l'arresto della *Rackete* sulla base delle considerazioni che in sintesi ora si riportano. Esclusa la riconducibilità del fatto al reato di cui all'art. 1100 cod. nav.³¹, la condotta tenuta dalla comandante della nave è da ritenersi riconducibile al reato di cui all'art. 337 cp per «avere posto in essere una manovra pericolosa nei confronti dei pubblici ufficiali a bordo della motovedetta della Guardia di Finanza, senz'altro costituente il portato di una scelta volontaria seppure calcolata». Tuttavia, così come già ritenuto dallo stesso Tribunale di Agrigento nel caso della nave *Cap Anamur*, tale condotta è da ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 51 cp, «per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere», ossia per il dovere di condurre i naufraghi in un porto sicuro, nell'accezione sopra indicata; porto sicuro che non poteva essere la Libia, per univoche disposizioni delle autorità europee ed internazionali, che non poteva essere la Tunisia, sulla base di informazioni fornite da *Amnesty International*, e che non poteva essere neppure Malta, perché si trattava di un porto più distante dal luogo di raccolta dei

³¹ Sul tema si precisa sin da ora, in estrema sintesi, che l'ordinanza avrebbe potuto trovare più sicuro fondamento sulla base di quella giurisprudenza di legittimità la quale ritiene che «*non integra il reato previsto dall'art. 1100 cod. nav. (resistenza o violenza da parte del comandante o dell'ufficiale della nave contro nave da guerra nazionale) il fatto commesso nella laguna veneta – ossia nelle acque territoriali interne - ai danni di unità della Guardia di finanza in quanto, per l'espresso disposto dell'art. 1087 stesso codice, alla navigazione interna non si applicano le disposizioni dei successivi articoli da 1088 a 1160, né può operare l'estensione introdotta dall'art. 6 della legge 13 dicembre 1956 n. 1409, che è circoscritta all'ambito della vigilanza marittima al fine della repressione del contrabbando dei tabacchi e che, come tale, non è suscettibile di applicazione analogica*» (Cass. pen. sent. n. 34028 del 24.6.2003; *contra*, si veda però Cass. pen. sent. n. 31403 del 14 giugno 2006, citata nel ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento).



naufraghi. Si afferma quindi nell'ordinanza che, anche ai sensi dell'art.18 della convenzione di Montego Bay e dell'art. 10-ter del d.lgs n. 286/1998, correttamente Carola Rackete si era diretta verso il porto di Lampedusa, visti il trascorrere dei giorni senza la soluzione del caso ed il deteriorarsi della situazione a bordo. Quanto alla direttiva ostativa allo sbarco, emessa dal Ministero dell'interno ai sensi dell'art. 11, comma 1-ter, del d.lgs n. 286/1998, essa non poteva «comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della *Sea watch*... in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normativa sopra richiamate», considerando anche che, «ai sensi di detta disposizione, il divieto interministeriale da essa previsto (...) può avvenire, sempre nel rispetto degli obblighi internazionali dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti nello stato costiero, fattispecie qui non ricorrente vertendosi in una ipotesi di salvataggio in mare in caso di rischio di naufragio. Peraltro, l'eventuale violazione del citato art. 11 comma 1 ter... non fa venir meno l'inderogabile disposto di cui all'art. 10 ter del d.lgs. 286/98 avente ad oggetto l'obbligo di assicurare il soccorso prima, e la condizione presso gli appositi centri di assistenza, poi».

Contro tale ordinanza la Procura della Repubblica di Agrigento ha proposto ricorso per Cassazione ³².

Analizzando l'ordinanza in esame una circostanza va premessa e sottolineata: essa è stata emessa, in una materia particolarmente complessa, nei ristrettissimi tempi di cui all'art. 391 cpp, tant'è vero che è stata depositata alle ore 20:00 del 2 luglio 2019, circa due ore prima della scadenza dei termini di legge. Ogni valutazione critica che non tenesse conto di tale circostanza ci parrebbe del tutto ingenerosa ed irrealistica.

5.3 La necessità di dover convalidare l'arresto

Ciò premesso, ritiene chi scrive che l'arresto di Carola Rackete doveva essere convalidato. Infatti, per giurisprudenza di legittimità costante e condivisibile, il giudice della convalida dell'arresto deve esclusivamente valutare la sussistenza, con giudizio *ex ante*, degli elementi che legittimavano l'adozione del provvedimento: deve cioè valutare se la situazione che aveva legittimato l'intervento della polizia giudiziaria integrasse o meno un fatto configurabile come reato. La valutazione della sussistenza o meno del quadro di gravità

³² Leggibile a questo indirizzo: <https://www.giustiziansieme.it/it/attualita-2/713-e-possibile-ritenere-scriminata-l-azione-della-capitana-rakete>



indiziaria è invece rimessa al successivo ed autonomo momento relativo all'eventuale applicazione della misura cautelare richiesta dalla pubblica accusa ³³.

È vero poi che, ai sensi dell'art. 385 cpp, il giudice deve verificare, anche ai fini della convalida, pure l'eventuale ricorrenza di cause di giustificazione, idonee ad escludere l'illiceità penale del fatto contestato; ciò però rileva nei limiti in cui tali cause di giustificazione riguardino un fatto avvenuto sotto la diretta sfera percettiva della polizia giudiziaria, come nel caso di un agente di p.g. che pretendeva di condurre senza titolo negli uffici di polizia una persona, pur correttamente identificata (cfr. Cass. pen. sent. n. 49124 dell'1 ottobre 2003). Nel caso in esame, la polizia giudiziaria aveva agito adempiendo ad un ordine emesso dal Ministro dell'interno sulla base di una legge dello Stato. Le complesse valutazioni involgenti la normativa di diritto sovranazionale, poste a fondamento dell'ordinanza, non potevano essere opposte alla polizia giudiziaria e non potevano condizionare la convalida dell'arresto. Sul punto deve quindi condividersi quanto scritto nel ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento.

5.4 La valutazione sul merito: l'illegittimità del provvedimento emesso dal Ministro dell'interno il 15 giugno 2019

Tali valutazioni compiute dal gip, tuttavia, ben potevano (e dovevano) essere poste alla base del successivo provvedimento che si sarebbe dovuto emettere in caso di convalida dell'arresto, ovvero l'ordinanza relativa alla richiesta di misura cautelare del divieto di dimora, formulata dalla pubblica accusa nei confronti di Carola Rackete. In questo senso, ad avviso di chi scrive, il provvedimento emesso dal gip di Agrigento è sostanzialmente corretto, nel senso che la condotta posta in essere da Carola Rackete non costituisce reato ³⁴.

³³ In questa direzione si vedano, tra le tante, Cass. pen. sentenze nn. 2568 del 31 agosto 1995, 2135 del 25 giugno 1997, 21172 del 28 marzo 2007, 2454 del 20 novembre 2007, 6878 del 5 febbraio 2009, 21577 del 27 marzo 2009, 8341 del 12 febbraio 2015.

³⁴ Rispetto a tale ordinanza si anticipa da subito che non risulta del tutto convincente il riferimento all'«inderogabile disposto di cui all'art. 10 del d.lgs. 286/98 avente ad oggetto l'obbligo di assicurare il soccorso prima, e la conduzione presso gli appositi centri di assistenza, poi». Tale norma, infatti, è essenzialmente una norma di azione, che identifica obblighi della P.A. successivi all'arrivo sulla terraferma dei migranti, tant'è vero che si riferisce allo straniero «giunto sul territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare». Peraltro, si tratta di una norma introdotta dal decreto legge n. 13/2017 (convertito con modifiche nella legge n. 46/2017), e quindi precedente all'entrata in vigore del comma 1-ter dell'art. 11 del medesimo d.lgs n.



Il punto di partenza da cui muovere è che la Libia, oggi come ieri, oggi più di ieri, oggi ancor più di quanto affermato all'epoca delle citate sentenze *Hirsi Jamaa v. Italia e Cap Anamur*, non può essere considerata come un porto sicuro. Ciò è stato esplicitato, proprio il 28 giugno 2019, dal Ministro degli esteri italiano, Enzo Moavero Milanesi ³⁵. Le informazioni generali in tema di sicurezza date dal Ministero degli esteri ai cittadini italiani ³⁶ ribadiscono poi «l'invito ai connazionali a non recarsi in Libia e, a quelli presenti, a lasciare temporaneamente il paese in ragione della assai precaria situazione di sicurezza. Scontri tra gruppi armati interessano varie aree del Paese (...). Dall'aprile 2019 sono in corso nell'area di Tripoli ostilità, che interessano saltuariamente l'aeroporto cittadino di Mitiga e varie altre città della Tripolitania». In altre parole, sul territorio libico vi è una sostanziale situazione di guerra civile tra il Governo riconosciuto dall'Onu e dall'Unione europea e le milizie capitanate dal generale Haftar; guerra civile nel cui ambito, il 2 luglio 2019, è stato deliberatamente bombardato un centro di detenzione per migranti, con un bilancio di 40 morti e di 80 feriti. Permane poi la condizione di vera e propria detenzione cui sono assoggettati i migranti nel territorio libico, senza distinzioni di sorta, e permane altresì la mancata ratifica, da parte della Libia, della Convenzione di Ginevra del 1951.

In queste condizioni, far tornare in Libia i migranti presenti su un'imbarcazione che proprio dalla Libia era partita costituisce un'evidente e flagrante violazione dell'art. 33, comma 1, della Convenzione di Ginevra, e del conseguente principio di non respingimento ³⁷.

286/1998, sicché non può ritenersi, *sic et simpliciter*, che la norma precedentemente emanata possa prevalere su quella successiva o azzerarne gli effetti.

³⁵ «La definizione di porto sicuro viene dalle convenzioni internazionali, queste condizioni per la Libia non ci sono. Non siamo noi a dirlo. So che da questo nascono varie precisazioni di carattere mediatico su convergenze di posizioni o meno, ma è un dato di fatto del diritto internazionale», http://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2019/06/28/moavero-la-libia-non-e-un-porto-sicuro_467fb605-f327-43d3-a3cd-1425980f2743.html.

³⁶ cfr. www.viaggiasesicuri.it.

³⁷ Si segnala in proposito una recente pronuncia del Tribunale di Trapani che ha riconosciuto l'esimente della legittima difesa ai migranti che avevano impedito con la forza al capitano della nave che li aveva salvati di riportarli in Libia, come gli era stato indicato dalle autorità libiche ed italiane. La decisione (Tribunale di Trapani, 23.5.2019, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2019) è riportata dallo scritto di Luca Masera, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ong*, <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/703-il-caso-della-capitana-rackete-e-l-illegittimita-della-politica-governativa-dei-porti-chiusi-per-le-ong-2>). Si scrive nell'articolo che «la sentenza ricava... la conclusione che la condotta del capitano configurasse per i migranti il pericolo di una offesa ingiusta,



Tale evidente violazione del principio di non respingimento è stata invero determinata dal provvedimento emesso dal Ministero dell'interno nei riguardi della *Sea Watch*, in data 15 giugno 2019, in cattiva ed illegittima applicazione del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998. Infatti, per quel che è dato conoscere, il provvedimento non ha fatto riferimento a specifiche ed individualizzanti situazioni di ordine e sicurezza pubblica che avrebbero potuto far ritenere pericoloso lo sbarco sul territorio italiano di questo o quel naufrago né si è poggiato sull'inidoneità, per contingenti ragioni logistiche o di ordine pubblico, di questo o quel porto di sbarco, ed in particolare di Lampedusa. E, soprattutto, il provvedimento è stato emesso nonostante che sulla *Sea Watch* vi fossero persone che provenivano proprio dalla Libia, ossia da un luogo dove vi era e vi è un permanente e grave pericolo per la loro libertà, per la loro incolumità e per la loro vita; ed è stato emesso nonostante che sulla *Sea Watch* vi fossero naufraghi che, una volta escluso il porto di Tripoli, lo Stato italiano non poteva respingere perché l'autorità italiana era stata quella di primo contatto Sar (*rectius*: l'unico contatto idoneo, visto che la Libia non può considerarsi un porto sicuro) ³⁸.

L'illegittimità del provvedimento è eclatante se si tiene altresì in considerazione che le autorità italiane, nel denegare lo sbarco sul territorio italiano, non hanno indicato alla nave alcun porto sicuro alternativo, alcun diverso ed ulteriore porto sicuro cui approdare. A tal fine, chi scrive ritiene superflue le considerazioni contenute nell'ordinanza emessa dal gip di Agrigento circa l'inidoneità dei porti maltesi e tunisini per lo sbarco della *Sea Watch*. Ciò perché né un porto tunisino né un porto maltese erano stati concretamente proposti alla *Sea Watch*, con il necessario assenso delle autorità di quegli Stati: non era logico né esigibile, e comunque contrario alla normativa internazionale di settore, che la *Sea Watch* dovesse vagare nel mar Mediterraneo alla ricerca di un eventuale e fantomatico porto sicuro diverso

alla quale legittimamente essi hanno opposto resistenza»; ciò sempre a causa delle condizioni, materiali e giuridiche, in cui versano i migranti sul territorio libico.

³⁸ È scritto in proposito nel citato provvedimento del Tribunale dei Ministri di Catania che «l'obbligo dello Stato italiano di intervenire in soccorso dei naufraghi e di completare, con l'indicazione di un luogo sicuro (*place of safety*), la procedura legata ad evento SAR, emerge dal quadro normativo sopra richiamato..., avendo già chiarito questo Tribunale come la Convenzione di Amburgo attribuisce comunque allo Stato di "primo contatto" l'obbligo di soccorrere le persone in pericolo in mare e di "coordinare le operazioni di salvataggio", anche quando l'autorità nazionale competente per la zona SAR (Malta) dia risposta negativa alla possibilità di intervenire in tempi utili, ovvero in assenza di ogni riscontro da parte di quest'ultima». Quanto appena scritto vale *a fortiori* nel caso in cui l'autorità nazionale competente per la zona Sar sia la Libia, la quale non può assicurare un *place of safety* e non è un *place of safety*.



dalla Libia, per poi ricevere con ogni probabilità altri dinieghi. Inoltre, non era necessario interrogarsi sull'idoneità degli approdi maltesi o tunisini perché l'autorità di primo contatto Sar è stata l'Italia ed era pertanto l'Italia, sulla base della normativa citata in premessa, che doveva indicare un *pos*, con provvedimento vincolato nel *quomodo* ma non nell'*an*.

Ed invece le autorità italiane non soltanto non hanno voluto indicare un luogo di sbarco sul proprio territorio ma hanno poi emesso un provvedimento di espulso diniego allo sbarco; provvedimento del tutto illegittimo.

La violazione del principio di non respingimento si appalesa evidente se si tiene conto che quella nave proveniva dalla Libia e, in assenza di un ulteriore e diverso luogo di sbarco, vi era il rischio concreto che tornasse in Libia. Si è scritto in proposito che, nella sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia*, la Corte Edu ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Cedu non soltanto perché ha materialmente fatto tornare i naufraghi in Libia ma anche perché, così facendo, li ha esposti al rischio concreto di essere ricondotti in Somalia o Eritrea («al momento di trasferire i ricorrenti verso la Libia, le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinvii arbitrariamente nei loro paesi di origine»). Dunque, per fondare una violazione dell'art. 3 della Cedu non è indispensabile che si verifichi l'evento dalla stessa norma prefigurato ma è sufficiente che se ne determini il concreto rischio. Del resto, l'art. 33.1 della Convenzione di Ginevra afferma che «nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»: la norma non si riferisce solo al caso di espulsione con materiale e fisica conduzione o riconduzione nel territorio di uno Stato insicuro, ma anche di respingimento «verso i confini» di quello Stato. Ma c'è di più. Vietando *tout court* l'approdo in Italia di quell'imbarcazione, senza considerare che si trattava di persone provenienti dalla Libia, e per di più di naufraghi, si è decisa un'espulsione di tipo collettivo, con la quale (se non vi fosse stata la condotta del comandante della nave che ha alla fine deciso comunque di attraccare nel porto di Lampedusa) si sarebbe impedito a quei migranti di presentare domanda di protezione internazionale. Parafrasando quanto scritto nella più volte citata sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia*, ottemperando alle statuizioni contenute nel provvedimento emanato il 15 giugno 2019 ed emesse in (apparente) applicazione del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998, numerosi «migranti che sono partiti via mare, mettendo spesso a rischio la loro



vita, e che non sono riusciti a raggiungere le frontiere di uno Stato» non avrebbero avuto altrimenti «diritto a un esame della loro situazione personale prima di essere espulsi». Si rammenta che la Corte ha affermato in quella sede che «gli allontanamenti di stranieri eseguiti nell’ambito di intercettazioni in alto mare da parte delle autorità di uno Stato e nell’esercizio dei pubblici poteri, e che producono l’effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere dello Stato o addirittura di respingerli verso un altro Stato, costituiscono un esercizio della loro giurisdizione ai sensi dell’articolo 1 della Convenzione, che impegna la responsabilità dello Stato in questione sul piano dell’articolo 4 del Protocollo n. 4»; ed è ovvio che il respingimento posto in essere nelle acque territoriali interne è da parificare a quello avvenuto «in alto mare», visto che nella suddetta sentenza della Corte Edu si è ragionato circa la riconducibilità del secondo al primo, dando per scontato che il primo fosse illegale.

In altre parole, e per sintetizzare sul punto, il provvedimento emesso dal Ministero dell’interno nei riguardi della *Sea Watch* in data 15 giugno 2019, con il concerto degli altri ministri competenti, si appalesa illegittimo per tre ordini di ragioni:

- 1) perché lesivo del principio di non respingimento;
- 2) perché concretizza un’espulsione di natura collettiva;
- 3) perché impedisce al comandante della nave di ottemperare al suo dovere di condurre le persone recuperate in mare in un porto sicuro; dovere previsto da norme di rango internazionale e finalizzato non già ad interessi personali dello stesso comandante o dell’armatore della nave bensì alla tutela della vita, dell’incolumità e dei diritti fondamentali delle persone recuperate in mare.

5.5 Il *place of safety* coincide con lo sbarco sulla terraferma

Il punto *sub 3)* appena indicato è quello su cui si è maggiormente concentrata l’ordinanza, riprendendo argomentazioni e conclusioni valutative contenute nella sentenza *Cap Anamur*, emessa dallo stesso Tribunale di Agrigento. E sempre sul punto *sub 3)* si è concentrata buona parte del ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento.

La Procura di Agrigento sostiene in proposito che «la normativa sovranazionale non sembra fare stretto riferimento ad un “porto sicuro”, bensì al diverso concetto di “posto sicuro”, non



ravvisandosi in tale concetto un sicuro e inequivocabile significato di “terra ferma”... Sembrerebbe ... che per l’individuazione di un “place of safety” non debba necessariamente farsi riferimento alla terra ferma, ma possa anche alternativamente identificarsi come tale un luogo ove sia assicurata l’assistenza primaria e la sicurezza temporanea fino alla conduzione dei naufraghi nel luogo di definitivo sbarco». In altre parole, il *place of safety* potrebbe consistere anche nella nave, non per forza nella terraferma.

Si tratta di una conclusione difforme dalla normativa internazionale di riferimento e che, pertanto, non può essere accolta.

Il punto 3.1.9 della Convenzione Sar, per come modificata nel 2004, stabilisce che: «La parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall’Organizzazione (marittima internazionale). In questi casi, le parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile» (tale norma è riportata e valorizzata anche a p. 8 della più volte citata sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia*). Come si può notare, il «luogo sicuro» è collegato univocamente allo «sbarco», senza possibilità di fare riferimento in via alternativa alla nave. Inoltre, così come scritto nelle linee guida attuative della convenzione Sar (risoluzione MSC 167 –78) e come ritenuto dal suddetto provvedimento del Tribunale dei Ministri di Catania, «sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere tuttavia sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative (para. 6.13). Dunque, la nave di soccorso può costituire un “luogo sicuro” (A place of safety may be on land, or it may be aboard a rescue unite), ma ciò solo per il tempo strettamente necessario per procedere allo sbarco dei naufraghi nella destinazione finale a terra (until the survivors are disembarked to their next destination)...».

Dunque, il *place of safety* che, per norma internazionale, il comandante della nave ha il dovere di raggiungere è la terraferma: così come scritto nella più volte citata sentenza del Tribunale di Agrigento sul caso *Cap Anamur* «la nave soccorritrice costituisce un luogo puramente provvisorio di salvataggio in quanto le persone tratte in salvo debbono essere condotte in un luogo (sicuro) della terraferma e la nave soccorritrice deve essere, al



contempo, sollevata dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi non appena possono essere intraprese soluzioni alternative».

Ed è evidente che il provvedimento amministrativo del 15 giugno 2019, di cui si è più volte scritto, impediva al comandante della nave di adempiere a tale dovere, di rilievo non soltanto morale ma anche strettamente giuridico.

Detto questo sul punto *sub 3)* di cui in premessa, si ribadisce che, almeno ad avviso di chi scrive, l'illegittimità del provvedimento non si esaurisce con esso ma riguarda, con pari intensità, anche i punti *sub 1)* e *sub 2)* di cui si è scritto in premessa e che non sono stati analizzati dall'ordinanza del gip di Agrigento (ordinanza che, lo si vuole ribadire, è stata emessa nell'arco di quarantotto ore su una materia così complessa ed articolata).

5.6 L'irrilevanza dei provvedimenti cautelari non emessi dalla Corte Edu e dal Tar del Lazio

È bene poi precisare che è giuridicamente irrilevante che la Corte Edu, espressamente compulsata dai legali della *Sea Watch* prima del 29 giugno, non abbia concesso la misura cautelare richiesta dai legali della *Sea Watch* ai sensi dell'art. 39 delle regole di procedura della Cedu, ossia l'ordine di sbarco, prescrivendo viceversa al Governo italiano unicamente di monitorare la situazione, specie per ciò che attiene a rischi di natura sanitaria. Infatti, con la suddetta pronuncia interinale, emessa in data 25 giugno 2019, la Corte Edu non è entrata nel merito della vicenda, osservando soltanto che non vi era un attuale pericolo di vita per i naufraghi della *Sea Watch*, visto il monitoraggio di personale sanitario che si era pure recato a bordo. Sul punto è bene precisare che, come scritto dalla stessa Corte Edu nel comunicato emanato il 25 giugno 2019, «interim measures are urgent measures which, according to the Court's well – established practice, apply only where there is an imminent risk of irreparable harm». Sul tema va chiarito che, stante una nozione del *periculum in mora* molto più restrittiva di quella prevista, ad esempio, dall'art. 700 cpc, le misure cautelari sono concesse molto di rado dalla Corte Edu; ad esempio non ci risultano concesse nei riguardi dei numerosi cittadini turchi arrestati, sulla base di accuse spesso arbitrarie e di natura



meramente politica, dopo il tentato golpe del luglio del 2016 ³⁹: soltanto nel 2018 sono intervenute le prime sentenze di merito ⁴⁰.

Altrettanto può dirsi per la decisione del Tar del Lazio di non emettere un provvedimento d'urgenza con decreto ed *inaudita altera parte*: anche questa decisione non è entrata nel merito della vicenda ma, per quel che è dato leggere da informazioni di pubblico dominio ⁴¹, con essa si è ritenuto che non vi fosse il *periculum in mora* necessario per l'emissione di un provvedimento urgente, per di più con decreto ⁴².

5.7 Il segmento finale della condotta

Tutto ciò premesso, appare evidente a chi scrive che il rispetto del provvedimento (illegittimo) emesso il 15 giugno 2019 dal Ministero dell'interno avrebbe determinato una situazione di marcata illegittimità e di contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento.

Ove la *Sea Watch*, ottemperando a detto provvedimento, non fosse proprio entrata nelle acque territoriali italiane, sarebbe dovuta rimanere nelle acque internazionali *sine die*, o, in assenza di altro e diverso porto sicuro cui approdare (porto sicuro che – lo ribadisce – nessuno aveva prospettato), sarebbe dovuta necessariamente tornare in Libia, dove la

³⁹ Con tre decisioni del 2016 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato irricevibili tre ricorsi di cittadini turchi, in stato di detenzione o licenziati, per mancato esaurimento dei ricorsi interni (cfr. decisione del 12 ottobre 2016 su ricorso della giovane giudice Zeynep Mercan; decisione del 29 novembre 2016 su ricorso del professore licenziato per decreto Akif Zihn; decisione del 12 giugno 2017 su ricorso di un altro cittadino licenziato).

⁴⁰ Si vedano, ad esempio, la sentenza del 20 marzo 2018 sul caso del giornalista e scrittore Mehmet Hasan Altan, la sentenza del 21 novembre 2018 sul caso del politico e parlamentare di opposizione Selahattin Demirtas e la sentenza del 16 aprile 2019, che ha giudicato illegittimo ed arbitrario l'arresto del giudice costituzionale Alparslan Altan. Per un primo commento a tali sentenze – e per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali – cfr. G. Micheli, *Apocalisse dello Stato di diritto in Turchia*, in questa *Rivista on-line*, 22 aprile 2019, <http://questionegiustizia.it/articolo/apocalisse-dello-stato-di-diritto-in-turchia-22-04-2019.php>.

⁴¹ Cfr. <https://www.fanpage.it/politica/sea-watch-tar-non-ha-rigettato-il-nostro-ricorso-ma-ignora-i-minori-che-ci-sono-a-bordo/>; <https://www.dinamopress.it/news/sea-watch-3-grave-la-decisione-del-tar-del-lazio-non-un-rigetto-nel-merito>.

⁴² Si tratta di una decisione che a chi scrive lascia più di una perplessità e che, tuttavia, sia perché non disponibile sia perché non relativa al merito della questione, non appare opportuno commentare *ex professo*.



guarda costiera libica voleva riportarla e dove però si sarebbe concretizzata quella violazione del principio di non respingimento e del divieto di espulsioni collettive di cui si è già scritto. Si tratta di una soluzione irragionevole ed improponibile ed infatti anche nel ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento si chiarisce che la violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane è elemento estraneo ai capi d'imputazione oggetto della richiesta di convalida dell'arresto e dell'applicazione di misura cautelare.

Non diverse devono essere però le conclusioni quanto al segmento finale della condotta, oggetto di contestazione nel procedimento penale n. 3169/2019 della Procura di Agrigento, ossia relativamente all'ingresso della *Sea Watch* nel porto di Lampedusa. A tal proposito, il dato di partenza dal quale muovere è che il provvedimento del Ministro dell'interno non aveva un termine di alcun genere né era sottoposto a condizioni risolutive di sorta, ma era, al contrario, potenzialmente indefinito e senza riserve. Non risulta poi in alcun modo dimostrato che «nel lasso di tempo in esame ... fossero state avviate trattative internazionali da parte degli organi governativi, volte al ricollocamento dei migranti»; in particolare, non risulta che dell'esistenza e della consistenza di tali (eventuali) trattative, e della loro sommaria evoluzione, fosse stato informato il personale della *Sea Watch*, per il quale l'unico dato certo con cui fare i conti era quel provvedimento emesso ai sensi del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998, provvedimento privo di termini o condizioni.

Quindi, decorsi oltre quindici giorni da quando la *Sea Watch* si era avvicinata alle acque costiere italiane, ed oltre tredici giorni da quando le era stato notificato il provvedimento emesso ai sensi della norma appena indicata, la nave «ha avviato i motori e ha iniziato a muoversi, dirigendosi verso il porto di Lampedusa». A quel punto un'imbarcazione della Guardia di Finanza, evidentemente ottemperando agli ordini ricevuti, ha cercato materialmente di impedirle l'attracco occupando la banchina del molo commerciale dove l'attracco sarebbe dovuto avvenire; dopo poco la *Sea Watch* ha urtato «con la propria fiancata di sinistra il fianco sinistro della motovedetta, che veniva compressa tra la motonave *Sea Watch 3* e la banchina». Con queste modalità la *Sea Watch* è riuscita ad attraccare, senza recare danni di sorta al personale della Guardia di Finanza che era sulla relativa nave.

Sul piano materiale si concorda con quanto scritto dal gip di Agrigento: sussistono gli estremi del reato di resistenza a pubblico ufficiale, per concretare il quale non è necessario che la violenza o la minaccia siano usate contro la persona del pubblico ufficiale, risultando sufficiente «anche la mera violenza sulle cose, quando sia indirizzata a turbare, ostacolare o frustrare il compimento dell'atto di ufficio» (Cass. pen. sent. n. 3682 del 28 ottobre 1997; si



veda in proposito anche Cass. pen. sent. n. 6069 del 13 gennaio 2015). Parimenti, non è necessario accertare se la violenza o la minaccia abbiano posto realmente in pericolo l'incolumità del pubblico ufficiale, essendo piuttosto sufficiente che esse abbiano impedito, o reso più difficile, l'esercizio dell'atto dell'ufficio (cfr. Cass. pen. sent. n. 2011 dell'8 ottobre 1983, Cass. pen. sent. n. 9442 del 20 ottobre 1997). Anche sul piano soggettivo, ciò che conta è la coscienza e volontà di usare violenza o minaccia: nel caso di specie, per quel che risulta allo stato e salva ogni diversa valutazione in caso di eventuale epilogo dibattimentale, pare dimostrato che la Rackete avesse ben presente che la motonave della Guardia di Finanza le stesse impedendo l'attracco ed ha così deciso di forzare il blocco, sia pure nei limiti necessari per attraccare.

Tuttavia, così come scritto nell'ordinanza in esame, la condotta deve ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 51 cp perché Carola Rackete aveva il dovere di condurre in porto la nave e di condurre i naufraghi sulla terraferma (dovere sulla cui scaturigine e consistenza si è ampiamente scritto in premessa).

5.8 La necessità di disapplicare in via incidentale il provvedimento ministeriale illegittimo

Si potrebbe obiettare a ciò che tale dovere del comandante della nave era ostacolato dalla presenza nell'ordinamento giuridico del provvedimento amministrativo emanato dal Ministro dell'interno il 15 giugno 2019; provvedimento che le forze dell'ordine erano tenute a far rispettare e che, fino a quando non rimosso, in omaggio al principio di legalità, doveva essere rispettato da tutti consociati.

Si è però già scritto che tale provvedimento amministrativo era ed è da ritenersi illegittimo, per contrasto con norme di rango superiore alla legge ordinaria; in quanto tale, esso, almeno ad avviso dello scrivente, doveva e dovrà essere incidentalmente disapplicato, *in bonam partem*, dal giudice penale.

È noto in proposito che la risalente, ma ancora in vigore ⁴³, norma di cui all'art. 5 della legge n. 2248/1865, allegato *E*), prevede che «... le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti

⁴³ Si veda il testo al seguente indirizzo:

<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1865-04-27&atto.codiceRedazionale=065U2248&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca>



amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi». Per pacifico diritto vivente il giudice ordinario può disapplicare i provvedimenti amministrativi se non sono conformi a legge, ancor di più se non sono conformi alla Costituzione o a norme di rango superiore alla legge ordinaria.

La disapplicazione è possibile anche da parte del giudice penale, specie se *in bonam partem*⁴⁴, salvo che «sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo» e, in quest'ultimo caso, nei limiti dei profili «dedotti ed effettivamente decisi» in sede di giudizio amministrativo (cfr. Cass. pen. sent. n. 44077 del 18 luglio 2014, Cass. pen. sent. n. 17991 del 20 marzo 2018). Nel caso di specie non era e non è intervenuta alcuna pronuncia di merito da parte del giudice amministrativo, tanto meno irrevocabile, sicché non sussiste la preclusione ora indicata.

Sul tema della disapplicazione in sede penale del provvedimento amministrativo illegittimo la giurisprudenza di legittimità è numerosa e costante. Si cercheranno ora di indicare i precedenti che appaiono più significativi.

È risalente, costante e mai smentita l'affermazione che il giudice penale può sindacare la validità di un atto amministrativo quando esso rimuova o comprima un diritto soggettivo «autonomo e preesistente rispetto all'atto amministrativo, che, per effetto di tale atto, non possa essere esercitato» (Cass. pen. sent. n. 1883 del 12 agosto 1985; si vedano nella stessa direzione Cass. pen. sent. n. 193 del 17 novembre 1987 e Cass. pen. sent. n. 2304 del 18 giugno 1999). Particolarmente chiaro e completo, anche se non recente, si rivela il seguente principio di diritto: «A norma dell'art 5 della legge 20 marzo 1865 n 2248, allegato e, le autorità giudiziarie applicano gli atti amministrativi in quanto siano conformi alle leggi; ciò significa, per quanto riguarda i giudizi penali, che, nei processi in cui si faccia valere la pretesa punitiva fondata su atti della pubblica amministrazione, l'atto illegittimo deve essere considerato *tamquam non esset* e il giudice, dichiarata la illegittimità dell'atto, ne rifiuta l'applicazione e decide secondo la legge come se il provvedimento amministrativo non esistesse. L'inapplicabilità, peraltro, è circoscritta all'oggetto dedotto in giudizio, poiché il giudice conosce dell'atto amministrativo nei soli termini e limiti necessari per l'espletamento della propria funzione in relazione a un determinato giudizio. Infatti l'art 5 della stessa legge

[a_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D2248%26testo%3Ddallegato%2BE%26annoProvvedimento%3D1865%26giornoProvvedimento%3D¤tPage=1](http://www.questionegiustizia.it/articolo/semplificazione-numero-articolo-3D-2248-testo-3D-allegato-2BE-26anno-provvedimento-3D1865-giorno-provvedimento-3D¤tPage=1)

⁴⁴ Maggiori e specifiche problematiche desta la disapplicazione *in malam partem*. La tematica è però estranea all'oggetto del presente lavoro.



vieta al giudice di annullare o modificare l'atto amministrativo che, perciò, nonostante la disapplicazione operata nel caso deciso, continua a spiegare in pieno i suoi effetti» (Cass. pen. sent. n. 6 del 14 gennaio 1966). Significativa e puntuale risulta essere l'affermazione secondo cui «il potere di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, attribuito al giudice ordinario dall'art. 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, si riferisce a qualunque atto amministrativo affetto da un vizio che ne potrebbe causare l'annullamento. Pertanto il giudice può disapplicare non solo l'atto amministrativo inesistente, ma anche quello che sia viziato, pur se assistito da presunzione di legittimità e capace di produrre i suoi effetti fino all'annullamento. Il significato di “disapplicare” è, pertanto, quello di considerare, per la fattispecie in decisione, che l'atto amministrativo non esista» (Cass. pen. sent. n. 6050 del 9 marzo 1982).

Venendo alla casistica rinvenuta in giurisprudenza, è stato affermato che:

a) il titolare di una licenza di caccia, denunciato per aver cacciato in un terreno incluso in una zona in cui la caccia era vietata, può far valere l'illegittimità della delibera con cui quella zona era stata inclusa nell'area del divieto allo scopo di ottenere la disapplicazione del relativo provvedimento, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865, e la conseguente assoluzione dall'imputazione penale. Ciò perché il sindacato del giudice penale non può essere limitato «alla mera regolarità formale ed esteriore di tali atti» (Cass. pen. sent. n. 351 del 27 maggio 1974);

b) in caso di provvedimento amministrativo che intimi ad una prostituta il foglio di via per «astratta probabilità della commissione di delitti di atti osceni e di atti sessuali in danno di minorenni», ma sia inadeguatamente motivato, il giudice penale può disapplicarlo per assolvere l'imputata dal reato di cui all'art. 2 della legge n. 1423/1956, relativo alla violazione del provvedimento medesimo (cfr. Cass. pen. sent. n. 41738 del 16 settembre 2004 e Cass. pen. sent. n. 4426 del 5 dicembre 2013);

c) il giudice penale può disapplicare, ove illegittimo, il provvedimento prefettizio di espulsione, emesso ai sensi dell'art. 13, comma 4, del d.lgs n. 286/1998, posto a fondamento dell'ordine di allontanamento disposto dal questore, la cui violazione è sanzionata penalmente dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs n. 286/1998 (cfr. Cass. pen. sent. n. 35021 del 2 luglio 2013).



5.9 La disapplicazione deve riguardare anche il reato di resistenza a pubblico ufficiale

La giurisprudenza ora indicata deve trovare applicazione anche per il reato di resistenza a pubblico ufficiale, quando l'ordine violato dal trasgressore, con violenza o minaccia diretti nei riguardi del pubblico ufficiale, era illegittimo. Ciò è ancor più vero quando l'illegittimità derivi dalla violazione di una norma di rango costituzionale o, comunque, di rango superiore alla norma primaria.

Sul punto non è applicabile la giurisprudenza di legittimità relativa ai limiti di applicazione dell'esimente della reazione arbitraria agli atti del pubblico ufficiale di cui all'art. 393-bis cp; giurisprudenza secondo cui la detta esimente non ricorre qualora il pubblico ufficiale esegua altrui decisioni e non agisca autonomamente (cfr., ad esempio, Cass. pen. sent. n. 43894 del 13 settembre 2016 e Cass. pen. sent. n. 2941 dell'8 novembre 2018). Tale giurisprudenza si riferisce infatti unicamente alla predetta esimente *ex art. 393-bis cp* e non fa riferimento ad esimenti di altro genere, e tanto meno al caso in cui il provvedimento illegittimo impedisca l'adempimento di un dovere imposto da altre e diverse norme, per di più di rango superiore alla legge primaria. Per di più, tale giurisprudenza, non trova applicazione «quando vengano in rilievo beni costituzionalmente garantiti quali l'inviolabilità del domicilio... o la stessa libertà personale» (Cass. pen. sent. n. 16101 del 19 aprile 2016, in motivazione, p. 6; si vedano anche, nella medesima direzione, Cass. pen. sent. n. 14567 del 6 marzo 2014, Cass. pen. sent. n. 18841 del 14 aprile 2011 e Cass. pen. sent. n. 36162 del 10 giugno 2008). Nel caso di specie, le norme internazionali che impongono l'immediato sbarco sulla terraferma dei naufraghi tutelano proprio il diritto alla libertà personale delle persone presenti sull'imbarcazione e non possono consentire che esse siano costrette a restare per giorni e giorni senza titolo sul naviglio, così come ritenuto nel caso *Diciotti* dal Tribunale dei Ministri di Catania; per dirla in altre parole, le norme internazionali di cui si è scritto, che impongono al comandante della nave di portare i naufraghi con massima sollecitudine nel *place of safety*, hanno la loro funzione di tutelare la libertà personale dei naufraghi, altrimenti esposti ad un destino incerto, indebitamente collocati in tempo indefinito sulla nave e privati dei loro diritti fondamentali di libertà.

Ove si ritenesse che la disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo non possa mai riguardare il reato di resistenza a pubblico ufficiale, si produrrebbero effetti aberranti. Si consentirebbe, fino a quando non sia rimosso dall'ordinamento un



provvedimento amministrativo illegittimo, anche palesemente illegittimo ed anche lesivo di diritti di rango costituzionale, la sua esecuzione coattiva, sempre e comunque, senza consentire ai consociati (*rectius*: ai sudditi) di potervi resistere, neppure esercitando una reazione proporzionata, strettamente necessaria all'esercizio dei diritti conculcati o all'adempimento dei doveri impediti. Per prospettare alcuni esempi, nel caso di un provvedimento amministrativo che vietasse illegittimamente riunioni e comizi nei giorni precedenti una consultazione elettorale, i cittadini interessati dovrebbero essere sanzionati ai sensi dell'art. 337 cp per aver rimosso un posto di blocco o per aver cacciato un'automobile della Polizia, danneggiandola, al solo e stretto fine di accedere ad una piazza dove doveva svolgersi un comizio. Oppure potrebbe essere sanzionato un ufficiale giudiziario che, dovendo eseguire uno sfratto nei riguardi di un prossimo congiunto del sindaco (sfratto per il quale vi erano già stati numerosi rinvii, che era stato fissato per un determinato giorno e per il quale era stata già predisposta la forza pubblica ed era stato già allertato il 118) si vede ostacolato da un divieto illegittimo frapposto dalla Polizia municipale, sulla base di un'ordinanza emessa quello stesso giorno dal sindaco e poi rivelatasi illegittima, e che, al solo scopo di entrare, rechi uno spintone ad un agente di Polizia municipale che si era posizionato davanti al cancello d'ingresso dell'immobile per non farlo accedere.

Venendo al caso concreto in esame, eravamo di fronte a migranti e naufraghi provenienti dalla Libia, che non potevano tornare in Libia, per i quali non era stato prospettato alcun diverso porto sicuro di sbarco e rispetto ai quali il comandante della nave aveva il dovere di condurli nel porto sicuro sito sul territorio italiano. Dati questi presupposti di fatto, un naviglio delle forze dell'ordine, in esecuzione del provvedimento ministeriale illegittimo, avrebbe ben potuto impedire alla *Sea Watch* l'accesso al porto ed il conseguente attracco, costringendo quell'imbarcazione a stazionare settimane e mesi dinanzi al porto, senza poter attraccare e senza poter forzare il blocco, neppure negli stretti limiti necessari per attraccare e senza arrecare violenza alle persone. Affermare che ciò sia legittimo vorrebbe dire ridurre a carta straccia le convenzioni internazionali e le norme di rango super primario che impongono al comandante della nave di attraccare con sollecitudine nel porto sicuro e che vietano le espulsioni collettive; vorrebbe dire che un provvedimento illegittimo potrebbe irragionevolmente vanificare, fino a quando non rimosso formalmente dall'ordinamento, l'esercizio di diritti di rango super primario; vorrebbe dire, contrariamente a quanto afferma la normativa, che il *place of safety* potrebbe consistere nell'imbarcazione e non nella terraferma.



A ragionare così, in nome di un malinteso senso di legalità formale, si calpesterebbero lo Stato di diritto ed i principi costituzionali, che potrebbero restare lettera morta. Inoltre, si calpesterebbe il principio di non contraddizione, alla cui base vi è la norma di cui all'art. 51 cp: «Non è ragionevolmente pensabile che uno stesso ordinamento giuridico imponga ad un soggetto un obbligo di agire o non agire e contemporaneamente gli minacci una sanzione per il caso in cui agisca o non agisca»⁴⁵.

5.10 La necessaria proporzione tra circostanze di fatto e condotta tesa all'adempimento del dovere

Quanto appena scritto esige però una necessaria precisazione. Il comportamento dell'agente può essere scriminato soltanto se è proporzionato, soltanto se la violenza o la minaccia esercitata siano strettamente necessari all'esercizio del diritto o all'adempimento del dovere. Ove ciò non accada, la condotta non è scriminata in quanto l'agente avrebbe potuto operare diversamente per adempiere al dovere o per esercitare il proprio diritto.

Quanto appena scritto è sostenuto dalla stessa Procura della Repubblica di Agrigento, la quale, nel proprio ricorso per Cassazione, non nega affatto la possibilità di far ricorso alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 cp e non vuole «sposare l'idea che sia corretto e conforme ai principi internazionali lasciare i migranti a bordo di una imbarcazione alla fonda»; la Procura della Repubblica sostiene però che, «ai fini dell'esplicazione dell'effetto scriminante», occorra valutare «la proporzionalità» della condotta «rispetto al pericolo che si rischia di cagionare». Più precisamente, si censura che il gip non abbia valutato se Carola Rackete «avrebbe potuto condurre a terra i migranti con modalità alternative, ad esempio a mezzo delle scialuppe di bordo»; «vero è che i migranti dovevano essere condotti a terra, ma ciò non può consentire di giungere all'affermazione che tale obbligo doveva essere soddisfatto in quel preciso momento e con quelle precise modalità»; nel fare applicazione dell'art. 51 cp, il gip avrebbe dovuto valutare «che il dovere esigibile... poteva essere adempiuto attraverso condotte alternative che potevano in concreto determinare minor pericolo per i beni giuridici tutelati dall'Ordinamento».

Ciò posto, appare ragionevole ritenere che soltanto un'approfondita conoscenza della *res iudicanda* possa consentire una compiuta verifica della proporzionalità o meno della condotta tenuta dalla Rackete rispetto al dovere da adempiere ed alla materiale ostruzione

⁴⁵ Giacomo Delitala, voce *Adempimento di un dovere*, Enc. dir. I, 1958, pag. 567.



ricevuta dai militi, in esecuzione del provvedimento illegittimo emanato dal Ministro dell'interno. In questa sede, soltanto sulla base della lettura dell'ordinanza e del successivo ricorso per Cassazione, può però già affermarsi che:

- a) la condotta è stata tenuta dopo oltre quindici giorni di stazionamento della *Sea Watch* in prossimità delle acque territoriali italiane o all'interno di esse. In quest'arco temporale le competenti autorità italiane non solo non hanno indicato un porto di sbarco, come dovevano, ma hanno al contrario vietato l'ingresso alla nave;
- b) come già scritto, il provvedimento di divieto era privo di termine o condizione risolutiva sicché la nave avrebbe potuto stazionare altre settimane ed altre mesi a dodici miglia dalla costa, o comunque senza attraccare alla terraferma, con conseguente indebita compressione della libertà personale dei naufraghi e dei membri dell'equipaggio;
- c) non risulta che al personale della nave fossero state comunicate le eventuali «trattative internazionali da parte degli organi governativi, volte al ricollocamento dei migranti», affermate peraltro apoditticamente e genericamente come esistenti nel ricorso per Cassazione della Procura di Agrigento;
- d) era in astratto possibile calare a mare delle scialuppe e, con esse, condurre a terra i naufraghi, ma, quand'anche la nave ne fosse stata provvista, ed anche a trascurare le difficoltà pratiche che si sarebbero frapposte, è mera supposizione ritenere che la Guardia di Finanza avrebbe fatto attraccare le scialuppe. Anzi, pure ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 59.4 cp, è da ritenersi il contrario: i militi con ogni probabilità avrebbero eseguito l'ordine ricevuto anche nei confronti delle scialuppe, le quali avrebbero dovuto tornare indietro ovvero ingaggiare una fuga pericolosa rispetto all'alt dei finanziari, concretando comunque una condotta astrattamente riconducibile al reato *ex art. 337 cp*;
- e) da parte della *Rackete* non vi è stata violenza personale nei riguardi dei militi e, per quanto è dato comprendere, si è agito al solo scopo di attraccare, senza voler trascinare da tale finalità doverosa;
- f) ogni valutazione deve tener conto della concitazione del momento e della più che probabile condizione di agitazione ed insofferenza dei migranti presenti sulla nave, il che appare rilevante per valutare la ricorrenza della scriminante anche in termini di esercizio putativo (cfr. art. 59, comma 4, cp).

5.11 Le conclusioni sul punto



Appare dunque altamente probabile che la condotta posta in essere dalla Rackete abbia rappresentato un congruo e proporzionato adempimento del dovere impostole.

Se così è, disapplicato *incidenter tantum* il provvedimento ministeriale del 15 giugno, si viene nuovamente ad espandere, e senza limiti di sorta, il dovere, imposto al comandante della nave da norme internazionali, di attraccare nel porto sicuro di Lampedusa, scongiurando i rischi di un'espulsione collettiva, di dover tornare in Libia o di dover stazionare per settimane e mesi sulla nave. Conseguentemente, l'ordine imposto dal personale della Guardia di Finanza al comandante della nave è da ritenersi come un guscio vuoto, come un ordine che si fonda su un provvedimento giuridicamente non applicabile nel caso concreto. Da ciò consegue che la condotta volta ad adempiere al suddetto dovere, usando violenza alle cose negli stretti limiti necessari all'adempimento del dovere, è da ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 51 cp.

Ove viceversa si ritenesse, diversamente da quanto sostenuto da chi scrive, che ad essere illegittimo non è il provvedimento ministeriale ma la legge, ossia l'art. 11, comma 1-ter, del d.lgs n. 286/1998, si è già scritto che il giudice dovrebbe sollevare eccezione di legittimità costituzionale; rimossa la norma dall'ordinamento si conseguirebbe il medesimo risultato dell'affermazione della causa di giustificazione *ex art. 51 cp* (cfr. paragrafo 4).

6. L'immigrazione illegale ed il rispetto dello Stato di diritto

Sia infine consentita a chi scrive una considerazione di carattere generale.

Se l'immigrazione legale e controllata può essere una risorsa per il Paese (che attraversa anche una lunga e drammatica fase di denatalità), l'immigrazione illegale e di massa va contrastata perché non è sostenibile, né economicamente né socialmente, perché non è accettata dalla coscienza sociale, perché è foriera di tensioni sociali, di insicurezza e di manifestazioni di ripulsa e perché arricchisce indebitamente chi organizza il traffico degli esseri umani ⁴⁶.

⁴⁶ Come ripetutamente rilevato anche dalla giurisprudenza costituzionale; tra le altre, cfr. Corte cost., sentenza n. 250 del 2010, in cui si legge che «l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da



Tuttavia tale contrasto deve necessariamente avvenire nel rispetto dello Stato di diritto e dei principi del diritto europeo ed internazionale.

Il nostro Paese ha dovuto e deve fronteggiare fenomeni autoctoni di crimine organizzato aggressivo e potente, per alcuni tratti della storia repubblicana anche apertamente eversivo e stragista. Eppure lo Stato italiano ha fronteggiato e fronteggia fenomeni mafiosi così pericolosi nel rispetto della Costituzione, dei principi dello stato di diritto e delle norme internazionali.

Lo stesso dobbiamo riuscire a fare con l'immigrazione illegale, utilizzando le armi della politica e della diplomazia, guardando al medio ed al lungo periodo, con un occhio rivolto alla collaborazione da esigere dagli altri paesi europei e con l'altro occhio rivolto verso i Paesi africani dai quali i migranti partono, stipulando con essi apposite convenzioni, per ridurre il più possibile le partenze non consentite e per realizzare i rimpatri individuali di chi non ha o non ha più diritto di permanere sul territorio italiano.

I respingimenti in mare e le espulsioni collettive determinano invece, per le ragioni anzidette, una soluzione del problema migratorio che anzitutto è miope, perché ha lo sguardo rivolto soltanto verso l'ultimo cerchio dell'anello, ed inoltre, per le ragioni indicate nel presente scritto, contrasta con lo stato di diritto e con i principi di diritto internazionale. In altre parole, come ritenuto dalla Corte Edu nella più volte citata sentenza *Hirsi Jamaa v. Italia*, «le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso, da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti da convenzioni»; pratiche che, ad avviso di chi scrive, rappresentano un pericoloso arretramento della vita democratica e civile.

29 luglio 2019

fenomeni di immigrazione incontrollata» (cfr. anche Corte cost. sentenze nn. 62 del 1994, 353 del 1997, 5 del 2004).