

Il principio di non-refoulement nella trama delle cause di giustificazione del reato

Autore: Pasquale Mastrolia

In: Dei reati e delle pene

Indice-sommario

1. **Repetita iuvant: il divieto di non respingimento appartiene allo ius cogens Il caso vos thalassa e similia: tra occasioni perse e significative aperture 3. Qualche notazione a margine**

Repetita iuvant: il divieto di non respingimento appartiene allo ius cogens

La giurisprudenza comunitaria e internazionale ha registrato negli ultimi due lustri una ponderosa disamina in materia di criminalità migratoria[1] condizionata dall'emergenza del fenomeno migratorio nella sua massima intensità e dal problematico coordinamento tra le forze europee in campo per la gestione dei flussi migratori. In sostanza, l'assenza di una disciplina di dettaglio analitica sul riparto delle competenze degli Stati membri in materia di accoglienza dei migranti ha generato, indirettamente, l'applicazione estensiva dei principi del c.d. diritto umanitario.

In particolare, la protezione del diritto alla vita, i divieti di sottoposizione degli individui a trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Carta EDU), i divieti di sottoposizione a condizioni di schiavitù ovvero di servitù (art. 4 Carta CEDU) e, da ultimo, il divieto di elusione delle disposizioni della Convenzione per l'aggiramento delle garanzie da essa previste, dal divieto di limitazioni più restrittive ovvero di applicazione di quelle espresse a scopo diverso da quello storico (art. 17 e 18 Carta EDU) si sono affermati come precursori del dovere di non respingimento, previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951.

Inoltre, ad integrazione dell'impianto di garanzie di matrice internazionale e comunitaria, le direttive 2003/84/CE e 2005/85/CE del 1° dicembre 2005[2] ha fornito una nozione di status di rifugiato più ampia o, almeno, più tipizzata rispetto alle rispettive definizioni (art. 1, II comma e art. 33, I comma) contemplate dalla Convenzione di Ginevra, stipulata il 28 luglio 1951 (come modificata dal Protocollo di

New York del 31 gennaio 1967) e dalla Carta EDU [3]. Al quadro di fonti delineato si aggiunge, la Carta europea dei diritti fondamentali che all'art. 19 co. II ha definito una autonoma nozione di rifugiato, sebbene ricalcata su quella della Convenzione di Ginevra (il «rischio serio» sostituisce il «fondato timore».

Da ultimo, è appena il caso di rammentare, che lo statuto giuridico-individuale più ampio della condizione di rifugiato è sancito dal combinato disposto tra gli art. 10, terza alinea, della Carta Costituzionale in cui è garantito il diritto d'asilo a chiunque sia impedito l'esercizio effettivo delle libertà consacrate nella prima parte (art. 13 - 28 Cost.).[4]

Come già rilevato, lo scollamento tra i doveri di solidarietà e di accoglienza imposti agli Stati e, in generale, ai soggetti di diritto internazionale incontrano limiti nella necessità di controllare i flussi migratori di cui, in riferimento al periodo recente, la rinnovazione degli accordi con la Libia per la gestione integrata dei flussi migratori, ne costituisce la prova più solida[5]. In realtà, siffatto accordo costituisce solo l'ultimo tassello di una ventennale trama di accordi tra il governo libico e il governo italiano, come esplicitato nello stesso dossier del 10 giugno 2020 sull'Autorizzazione e proroga annuale delle missioni internazionali in corso:

«La base giuridica della missione è da rinvenire nel Protocollo per la cooperazione tra l'Italia e la Libia 29 dicembre 2007 in materia di immigrazione clandestina e tratta degli esseri umani, nel Protocollo aggiuntivo tecnico operativo, siglato in data 29 dicembre 2009 (che prevedeva e lo svolgimento di attività addestrativa del personale della Guardia costiera libica e di pattugliamento a bordo delle unità cedute, nonché la manutenzione ordinaria delle 4 unità navali cedute dal Governo italiano al Governo libico pro tempore tra la fine del 2009 e l'inizio del 2010), il Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo del contrasto all'immigrazione illegale al traffico di esseri umani del 2 febbraio 2017, nonché nel D.L. n. 84/2018»[6].

Pertanto, nella cornice tratteggiata, scossa dalle contraddizioni tra il solenne di fonte costituzionale, il quale impone l'adempimento dei doveri (statuali) di solidarietà economica e sociale in favore di coloro che non possono esercitare le libertà presidiate dalla Suprema Carta (nei Principi fondamentali art. 1 - 12 e nella Parte I, Titolo I, Rapporti civili (artt. 13 - 28) il können espresso dalle concrete possibilità di controllare i flussi migratori, specialmente nella odierna fase di emergenza economica in seguito alla crisi pandemica, si è sviluppato l'itinerario giurisprudenziale che ha definitivamente consegnato il principio di non-refoulement al rango di diritti non modificabili [7] dal diritto convenzionale.

Il diritto vivente sviluppato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in tal senso è stato progressivo: dall'interpretazione estensiva dell'art. 3 della Convenzione, in forza del quale ha ricavato il divieto di respingimento da parte dello Stato ospitante dello straniero verso Stati in cui sussiste il giustificato timore che lo stesso possa essere sottoposto a trattamenti inumani, crudeli o degradanti (rectius, tortura)[8],

all'ampliamento stesso del concetto giuridico di tortura la quale, ai differenza di quanto previsto da altre convenzioni internazionali, può essere inflitta anche da soggetti non esercenti alcuna funzione pubblico-statale [9].

Volume consigliato

Il caso vos thalassa e similia: tra occasioni perse e significative aperture

Entrando in medias res, perveniamo al percorso giurisprudenziale nazionale e convenzionale che è maturato prima nel diritto vivente e poi nella cultura giuridica (e morale) della nostra temperie: come già detto, secondo una curiosa (ma apparente) inversione metodologica per cui il diritto positivo diventa (ritorna) nell'humus del diritto consuetudinario[10]: per non essere dispersivi, concentreremo lo sguardo su tre sentenze, meritevoli di una più attenta disamina per la capacità di delineare il quadro di problematiche che il sistema di tutele multilivello deve affrontare nel confronto con istituti del diritto nazionale (nel nostro caso, con le cause di giustificazione).

Due, i casi più recenti (e noti): il caso Sea Watch[11] e il caso Vos Thalassa.[12]

Noto il thema decidendum alla base del giudizio sul caso Sea Watch, in cui alla comandante della suddetta imbarcazione ONG era contestata la commissione in forma continuata (art. 81 cpv. c.p.) dei delitti p. e p. dagli artt. 1100 cod. nav., per aver, in buona sostanza, fatto illegittimo ingresso nel porto di Lampedusa, violando consapevolmente gli ordini impartiti dalla nave da guerra della Guardia di Finanza e della motovedetta successivamente inviata e, 337 c.p., per aver, in estrema sintesi, urtato la motovedetta della Gdf ormeggiata al porto di Lampedusa, ormeggiando in corrispondenza della banchina presso la quale era attraccata - segnalando con l'utilizzo delle luci lampeggianti - la suddetta motovedetta.

Conclamate sono anche le motivazioni che hanno sorretto l'ordinanza di rigetto della misura cautelare da parte del Gip di Agrigento: tralasciando le ragioni di esclusione della integrazione della fattispecie prevista dall'art. 1100 cod. nav., può essere utile esplorare il percorso logico-giuridico che ha condotto l'organo giudicante a scriminare il fatto per la ricorrenza della causa di giustificazione regolata dall'art. 51 c.p.:

«Residua, dunque, la sola ipotesi di reato di cui all'art. 337 c.p., in ordine al quale deve osservarsi (...) che il fatto deve essere di molto ridimensionato, nella sua portata offensiva, rispetto alla prospettazione accusatoria fondata sulle rilevazioni della p.g.; nondimeno, l'aver 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, permette di ritenere sussistente il coefficiente soggettivo necessario ai fini della configurabilità concettuale del reato in discorso»[13].

Senza richiamarla espressamente, mediante l'indagine sull'elemento soggettivo necessario a integrare il delitto ascritto all'imputata - sanzionabile a titolo di dolo generico, risultando irrilevanti i motivi di opposizione ostile all'esercizio delle funzioni da parte del pubblico ufficiale in servizio - l'Autorità giudicante esclude l'operatività della causa di giustificazione invocata nell'agone mediatico regolata dall'art. 54 del codice penale.

Lo stato di necessità non sussiste perché l'imputata ha cagionato volontariamente il pericolo che poi ha 'costretto' la stessa a commettere il fatto tipico a lei addebitato[14].

In breve, il tentativo deliberato di violare gli ordini impartiti dalla autorità di pubblica sicurezza in servizio sul territorio dell'asserita trasgressione (che, già in re ipsa, poteva ritenersi sufficiente a configurare il delitto dell'art. 337 quantomeno nella forma del delitto tentato), impedisce di 'giustificare' la successiva condotta - l'ormeggio e la conseguente compressione contro la banchina della motovedetta della Gdf contro la banchina - in ragione della interposizione dell'imbarcazione della Gdf sulla rotta della capitana (la quale, per siffatta circostanza, l'imbarcazione guidata dalla comandante Carola Rackete ha poi 'spinto' la motovedetta della Gdf contro la banchina).

Tuttavia, il giudicante ha ritenuto sussistente un'altra scriminante per escludere la responsabilità dell'imputata:

«Detto reato, ad ogni modo, deve ritenersi scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere.

L'attività del capitano della nave Sea Watch 3, di salvataggio in mare di soggetti naufraghi deve, infatti, considerarsi adempimento degli obblighi derivanti dal complesso quadro normativo che si è sopra

richiamato (...). Giova, a questo punto, precisare che il descritto segmento finale della condotta dell'indagata, come detto integrativo del reato di resistenza a pubblico ufficiale, costituisce il prescritto esito dell'adempimento del dovere di soccorso, il quale - si badi bene - non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al porto più sicuro»[15].

L'adempimento del dovere di soccorso dei migranti in mare trova la propria base giuridica in quadro di fonti eterogeneo, ripercorso dal giudicante: dapprima, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 10 dicembre 1982, ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge 2 dicembre 1994, n. 689. L'art. 98 della citata Convenzione impone allo Stato costiero (del porto più vicino) di «procedere quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa» (art. 98 co. 1 l. b).

In seguito, il giudice cautelare ha rammentato la Convenzione Solas del 1974 (Londra, ratifica con Legge 23 maggio 1980, n°. 313 e la Convenzione Sar (Search and Rescue) - Convenzione sulla ricerca e il soccorso in mare del 27 aprile 1979 (Amburgo, resa esecutiva in Italia con Legge 3 aprile 1989, n°. 47). Da ultimo, il giudice agrigentino ricorda gli obblighi derivanti dal nocciolo duro della Carta costituzionale e, segnatamente, dagli art. 10 e 117 che investono lo Stato del dovere di non respingere chiunque corra il pericolo di assistere alla sistematica violazione delle proprie libertà primarie nel Paese di origine[16].

Sembra opportuno menzionare le parole scelte dagli On. Treves e Cappelletti, durante la discussione in seno all'Assemblea Costituente della terza alinea dell'art. 10:

non (solo) per vezzo storiografico (di per sé, peraltro, non superfluo, in quanto importante strumento di 'lettura' dell'enunciato normativo, alla luce del contesto storico in cui fu concepita), ma per percepire la venatura di profonda liberalità e solidarietà che animava (almeno parte dei) redattori del testo, corrispondente, ancora oggi alla ratio e agli scopi presidiati dalla disposizione:

«L'on. Treves spiegò: "Quello che a noi preme di stabilire è se lo straniero può avere l'effettivo esercizio di questi diritti, e non che questi diritti siano astrattamente incorporati nella Carta costituzionale del paese cui lo straniero appartiene». L'on. Cappelletti incalzò: «È difficile oggi che in un paese di una certa civiltà si neghino espressamente nella Costituzione alcune libertà civili e politiche; ma purtroppo non è difficile che di fatto l'esercizio di quelle libertà sia limitato». Come si è detto, la Commissione accettò la motivazione e la formulazione; e con

essa l'Assemblea. Devesi pertanto dedurre dallo spirito con cui la norma fu votata che, per l'accertamento del requisito necessario perché sia accordato il diritto di asilo, si ha riguardo non a ciò che sanciscono la Costituzione e le leggi del paese al quale lo straniero appartiene, ma alla circostanza di fatto che in tale paese recettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana sia impedito»[17].

Il versante motivazionale più interessante viene svelato solo al termine delle argomentazioni del giudice cautelare nella parte in cui - previo richiamo della sentenza 11 marzo 2014 n°. 39788 della Suprema Corte - asserisce che, in ogni caso, il parametro normativo per decretare la legittimità o meno dell'ordine scriminante al quale riferirsi è dato dalla disposizione nazionale e, nella fattispecie, dall'art 51 co. 2 c.p. [18]

L'argomento principale che riposa sul principio di territorialità della legge penale, applicabile a chiunque abbia commesso il fatto descritto in una fattispecie incriminatrice (art. 6 co. 1 c.p.) risulta meritevole di pregio sul piano tecnico giuridico, specialmente in considerazione dell'assenza all'interno delle fonti di diritto internazionale generalmente riconosciuto (principi di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, diritto consuetudinario, *ius cogens*) ovvero di diritto internazionale 'positivo' (trattati e convenzioni) di una causa di giustificazione speculare a quella disciplinata dal nostro articolo 51 c.p [19].

Laddove nelle fonti del diritto sovranazionale fosse stata consolidata una causa di giustificazione più ampia di quella prevista dall'art. 51 co. 1 del Codice, in quel caso sarebbe stato ragionevole interrogarsi sull'alternativa tra la disapplicazione del diritto nazionale per il rinvio alle norme interposte[20] (art. 117, prima alinea Cost.) ovvero sulla deroga al diritto sovranazionale in ragione dell'inderogabilità del diritto penale statuale, in assenza di una speculare disciplina di settore (un codice penale europeo, ad esempio) nell'ambito delle fonti internazionali.

Su ricorso del Pubblico Ministero, la Corte di Cassazione ha confermato la legittimità della pronuncia del giudice di 'prime cure', alla stregua del medesimo iter motivazionale.

Il Supremo Collegio, in estrema sintesi, ha chiarito tre profili essenziali: il primo per cui la nozione di luogo sicuro, in rapporto ai soccorsi in mare, deve ritenersi sinonimo di 'porto sicuro' in quanto a norma delle direttive elaborate dal Maritime Safety Committee dell'Organizzazione Marittima Internazionale (MSC 167-78 del 2004), richiamate dal punto 3.1.9 della menzionata Convenzione SAR di Amburgo, «un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella

destinazione vicina o finale» (par. 6.12). [21]

Addiveniamo, adesso al caso del rimorchiatore Vos Thalassa, come anticipato, ancora pendente in virtù del ricorso in cassazione presentato dall'imputato avverso la sentenza di condanna della Corte di Appello di Palermo, pronunciata il 3 giugno dell'anno in corso.

Nota la res iudicanda: il rimorchiatore Vos Thalassa, battente bandiera italiana comunica alle autorità italiane di aver soccorso circa 60 persone rinvenute a bordo di una imbarcazione in uno stato di deterioramento tale da non consentire il prosieguo del transito.

Il centro di coordinamento del soccorso marittimo italiano comunica pertanto alle autorità costiere libiche l'accaduto: nessuna risposta. Pertanto, in adempimento dei doveri di soccorso in mare consacrati nella normativa nazionale e sovranazionale, l'Autorità costiera italiana ordinava al rimorchiatore di fare rotta verso Lampedusa per consentire ai migranti di sbarcare nel c.d. place of safety. Tuttavia, durante il viaggio, le Autorità libiche rispondono, il comandante della Vos Thalassa cambia rotta e si dirige verso il punto di incontro concordato per il trasbordo dei migranti su una motovedetta libica.

Tuttavia, alcuni soggetti a bordo del rimorchiatore, si accorgono ben presto del cambio di rotta e minacciano e, infine, aggrediscono, il comandante della Vos Thalassa, intimandogli di fare rotta verso l'Italia, direzione Lampedusa. Il comandante, quindi, contatta nuovamente l'Autorità Costiera italiana, la quale invia una nave militare di supporto in cui sono caricati i migranti, tra cui i due imputati arrestati una volta sbarcati sul suolo italiano.

Il giudice di prime cure aveva riconosciuto gli estremi oggettivi (objektiver Tatbestand) e soggettivi (subjektiver Tatbestand) dei delitti ascritti ai due imputati - artt. 336 e 337 c.p., entrambi punibili a titolo di dolo generico (art. 43 co. 1 c.p.) - e il delitto p. e p. ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 286 del 25 luglio 1998 (anche esso punibile in caso di rappresentazione e volontà dell'evento «da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto» come «conseguenza della propria azione od omissione»).

Tuttavia, gli imputati erano stati assolti perché il primo giudicante aveva ritenuto il reato scriminato dallo stato di legittima difesa (art. 52 c.p.) degli imputati, i quali avrebbero agito 'costretti' dal terrore di dover tornare in Libia, nei centri di detenzione teatro di eventi di sistematica umiliazione e svilimento della dignità umana e dei suoi attributi fondamentali.

In appello, la Corte palermitana ha riformato la sentenza del giudice di prime cure, condannando gli imputati per i delitti a loro ascritti: il giudicante, condivisa la ricostruzione in fatto esposta dal primo giudicante, esclude l'operatività nel caso di specie della scriminante di cui all'art. 52 c.p. in quanto, i due imputati, si sarebbero posti volontariamente nella situazione di pericolo (versari in re illicita) e, pertanto, non potevano invocare la causa di giustificazione in parola in quanto, il pericolo che aveva 'costretto' gli imputati alla commissione del fatto tipico di reato, risultava volontariamente cagionato[22].

«Nessun dubbio può serbarsi sul fatto che i migranti si siano posti in stato di pericolo volontariamente, sia avendo pianificato una traversata in condizioni di estremo pericolo, sia avendo poi chiesto i soccorsi al fine di essere recuperati da natanti di salvataggio (...), per cui venne creata artificialmente una situazione di necessità (la partenza su un barcone in legno stipato di persone e chiaramente inadatto alla traversata del Canale di Sicilia)»[23]

In secondo luogo, il Collegio palermitano escluse categoricamente - mediante una critica serrata al contenuto metagiuridico della sentenza di primo grado, denso di connotati politico-ideologici - la riconoscibilità di una Ringkomposition (composizione ad anello) delle circostanze scriminanti: dallo stato di necessità che avrebbe costretto i migranti ad allontanarsi dalla Libia alla legittima difesa che avrebbe giustificato le condotte prima minatorie e poi violente in danno del comandante del rimorchiatore Vos Thalassa per evitare di essere ricondotti in Libia.

Come in parte già illustrato in precedenza, il Collegio palermitano concentra la ratio decidendi da un lato, ricollocando le questioni oggetto di controversia (in particolare, la determinazione dei rapporti con la Libia) sul campo da gioco della solidarietà politica tra Stati: (anche se non espressamente detto in motivazione) bollare la Libia, definitivamente, come porto/luogo non sicuro spetterebbe alla decisione comune degli Stati membri e non potrebbe essere devoluto, in via autonoma, all'autorità giudicante nel caso concreto la valutazione, in base ai rapporti generali delle diverse Organizzazioni internazionali, sulla sicurezza dello Stato africano.

D'altra parte, anche se disattendendo la prospettiva dell'Ufficio di Pubblica Accusa [24], trapela dall'apparato motivazionale del secondo giudicante preoccupazioni della stessa stoffa di quelle dell'Ufficio requirente: quest'ultimo aveva dubitato della possibilità di riconoscere ai migranti la titolarità di un diritto a non essere respinti, idoneo ad accedere al giudizio di bilanciamento con il bene offeso dalla condotta che si assume scriminata.

In breve, l'incerto scenario che si palesa allo sguardo degli organi giudiziari (il GIP di Trapani, il Pubblico Ministero appellante e il Collegio d'appello), prende forma nel pericolo di dischiudere la via alla sistematica infrazione di disposizioni incriminatrici (le norme in cui, per excellence, si condensano le prerogative di sovranità dello Stato) - inoltre, di quelle essenziali, poste a presidio dell'incolumità personale - e alla costante messa in pericolo dell'equipaggio delle imbarcazioni impegnate nelle operazioni di soccorso.

Difatti, senza un termine di comparazione in concreto circoscrivibile tra il bene leso - incolumità personale dei pubblici ufficiali/incaricati di pubblico servizio - e il bene tutelato dalla condotta criminosa - costituito dal 'pericolo', 'fondato timore', 'giustificato timore', 'serio timore' di subire trattamenti lesivi della dignità umana - diviene difficoltoso distinguere tanto le aggressioni giustificate da quelle

ingiustificate, quanto la misura della giustificazione: se il pericolo corso dall'agente - sul quale, beninteso, grava l'onere di provare la fondatezza/serietà/attendibilità del timore per la propria incolumità fisica nel Paese di origine - riguarda effettivamente beni inerenti alla persona, potrebbe ritenersi giustificata anche la lesione grave, gravissima (art.585, rispettivamente, co. 1 e 2 c.p.) o l'omicidio del comandante che si rifiuti di assecondare le intenzioni dei natanti?

Lo status di rifugiato, come detto, è, per natura costitutiva (quasi di origine 'ontologica' prima che 'normativa'), basato sulla previsione, prognosi, di un futuro e probabile pericolo per l'incolumità dei richiedenti il quale, tuttavia, può spaziare da un imponderabile spettro di alternative: dalle lesioni, alla sottoposizione a condizioni di schiavitù/servitù, a violenze sessuali, tortura, lavori forzati etc.

E tuttavia, anche a voler riconoscere sussistente il più effettivo del pericolo per i beni fondamentali (vita/dignità), la previsione di accordi di mutua collaborazione nella gestione dei flussi migratori con lo Stato libico, complica il giudizio di bilanciamento tra i beni giuridici in gioco.

La prova palmare di quanto asserito è offerta proprio dalla discordanza tra le sentenze del GIP di Trapani e della Corte di Appello di Palermo nella valutazione politico-istituzionale nei rapporti con la Libia nella gestione dei fenomeni migratori riverberata, sul piano tecnico giuridico, nell'interpretazione dei principi regolatori delle scriminanti degli artt. 52 e 54 c.p.

Qualche notazione a margine

I temi scoperti sul tavolo del dibattito impongono l'esame, analitico, di profili tecnico-giuridici e di politica criminale che non possono, in codesta sede, essere debitamente sviluppati.

Ci limiteremo ad elencarli:

1. Sul piano tecnico giuridico, il conflitto di doveri del comandante dell'imbarcazione soccorritrice tra gli ordini ricevuti, come nel caso Vos Thalassa, dallo Stato libico e dallo Stato italiano. L'inadempimento dell'uno determina, evidentemente, l'impossibilità di adempiere l'altro. [25] Difatti, nella generalità dei casi esaminati, come attentamente notato, «sorge un conflitto tra la norma di comando che prescrive l'obbligo di agire e la norma incriminatrice che vieta la realizzazione di certe condotte. Si tratta della situazione che emerge nei casi in esame nei quali, agli obblighi internazionali di soccorso incombenti sui comandanti delle navi, fanno da contraltare norme incriminatrici di divieto, prima fra tutte quella che prevede il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 T.U.»[26].

Risulta evidente, perciò, nel ginepraio di norme imperative, cause di giustificazione - artt. 51 co. 1, 52, 54 c.p. e i citati doveri sanciti nella normativa comunitaria e internazionale - che si intervallano, dal momento della partenza dei migranti dalle coste libiche (scriminato, eventualmente, dallo stato di necessità) ai reati commessi da questi ultimi per approdare al «porto sicuro» (il caso c.d. Rackete) ovvero, per evitare il rimpatrio (il caso c.d. Vos Thalassa) - giustificati, eventualmente e rispettivamente, dallo stato di necessità/adempimento del dovere di prestare soccorso ai naufraghi consentendo loro di sbarcare in un «luogo sicuro», e dalla legittima difesa contro colui che intendeva riportare i migranti in un luogo denso di pericoli per la loro incolumità personale[27], le difficoltà di orientamento dell'interprete nella qualificazione normativa del fatto.

2. Le fattispecie che presidiano l'ordine pubblico in materia di immigrazione clandestina (artt. 10 bis e 12 del d.lgs. 286/1998) rappresentano una spada di Damocle incombente sui 'soccorritori' dei natanti in situazioni di pericolo i quali, si trovano ad agire nel costante timore di subire un procedimento penale quanto meno a titolo di tentativo per il delitto p. e p. dall'art. 12 (infatti, l'art. 10 bis, è una contravvenzione non punibile a norma dell'art. 56 c.p.).

Lo schema normativo imporrebbe la complessa disamina della situazione dei singoli 'passeggeri', i quali, spesso sprovvisti di documenti di riconoscimento o altro titolo d'identità, non risultano neanche identificabili.

3. Permane, da ultimo, come appare dal recentissimo (16 luglio 2020) rinnovo degli accordi bilaterali

con la Libia per la gestione del fenomeno migratorio nella lingua di mare che separa la Sicilia dalla Libia, il rapporto promiscuo, torbido tra i due Stati, i quali sullo sfondo della fitta documentazione costituita da resoconti, reportage, dossier delle principali organizzazioni internazionali che descrivono una situazione drammatica sull'area costiera libica, continuano a cooperare nella gestione integrata del problema-immigrazione.

Chiosando, nel valzer delle scriminanti, anche i rapporti tra Italia e Libia potrebbero ritenersi pervasi, con crudo (e innominabile, o quasi[28]) realismo, dalla 'necessità' di tamponare una situazione di emergenza poiché, il solidarismo filantropico consacrato nell'art. 2 della nostra Costituzione e, prima ancora nel diritto naturale, non ha ancora dato prova compiuta di sé fra i Paesi della *communitas europea*.

Volume consigliato

Note

[1] Nutrita la giurisprudenza della Corte EDU in applicazione del divieto di non-refoulement connesso al divieto di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti. Per citare alcuni dei più noti: *Affaire Drozd et Janousek c. France et Espagne*, requête n. 12747/87, sentenza del 26 giugno 1992; *Affaire Loizidou c. Turquie*, requête n. 15318/89, sentenza del 23 marzo 1995; *Caso Hussun e altri c. Italia*, ricorsi n. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05, sentenza del 19 gennaio 2010.; *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 113; *V. Chahal c. Regno Unito*, sent. 15.11.1996; *Soering c. Regno Unito con pronuncia del 7 luglio 1989*; *P. c. Belgio*, 1963; *Saadi c. Italia*, sent. 28.2.2008.

[2] Nella quale è opportuno notare due profili dai quali emerge la dialettica politica interstatale sedimentata sotto la nozione giuridica di rifugiato. Il primo: la disciplina distingue esplicitamente, nella parte definitoria, la nozione di rifugiato e di status di rifugiato, evidenziato come - per intendersi, diversamente da quanto avviene per il riconoscimento di uno Stato come soggetto di diritto internazionale, basato sulla ricognizione effettiva sussistenza dei requisiti di sovranità e indipendenza (il riconoscimento politico ha efficacia dichiarativa) - alla sussistenza dei requisiti sostanziali previsti dalla nozione normativa deve seguire un procedimento giuridico di riconoscimento che assume valore costitutivo e non meramente dichiarativo di una condizione giuridica (pre)esistente. Il secondo: l'ambito di

applicazione della direttiva (art. 3) in cui si prevede che l'area in cui può essere legittimamente presentata richiesta di asilo comprende tanto le frontiere quanto le zone di transito, riconoscendo il dovere degli Stati contraenti di esaminare le richieste di asilo ricevute anche al di fuori del mare territoriale.

Al tempo stesso, tuttavia, all'estensione della 'giurisdizione' territoriale degli stati - che estende, specularmente, l'ambito di efficacia (territoriale) del diritto dei beneficiari di richiedere il riconoscimento dello status di rifugiato - fa da contraltare la potenziale disomogeneità di giudizio in ordine alla 'qualifica' di rifugiato tra gli Stati membri, in quanto, al riconoscimento dello status da parte del Paese di primo asilo può seguire un'ulteriore verifica dei presupposti da parte dello Stato di residenza successiva del richiedente. Così, difatti, adottando una sorta di raccomandazione espressa al 'condizionale', dispone l'art. 22: «In particolare, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a valutare il merito della domanda di asilo se il paese di primo asilo ha concesso al richiedente lo status di rifugiato o ha altrimenti concesso sufficiente protezione e il richiedente sarà riammesso in detto paese».

[3] Come è noto, la direttiva annotata prevede più esattamente la nozione di beneficiario di protezione internazionale di cui rappresentano differenti declinazioni in ragione dei requisiti costitutivi lo status di rifugiato e lo status di beneficiario di protezione sussidiaria. Il *quid pluris* compreso nella definizione corrispondente dello status di rifugiato nell'art. 2, l. d) della direttiva in esame è costituito dalla dissociazione della condizione di rifugiato dall'attualità della persecuzione nello Stato di allontanamento: il «fondato timore» (che deve essere provato da elementi allegati da parte del richiedente) di subire persecuzioni per i motivi indicati nella disciplina comunitaria e internazionale è sufficiente per riconoscere al richiedente la condizione di meritevole di protezione internazionale.

Inoltre, come premesso, la direttiva in commento prevede uno status di tutela ulteriore e completo rispetto a quello di rifugiato nella condizione di colui il quale «non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno (...)» (art. 2, l. f). I danni gravi sono definiti nel successivo art. 15 nella condanna o esecuzione di condanna a morte, nella tortura o nell'inflizione di trattamenti inumani o degradanti e nella minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona del richiedente derivante dalla violenza indiscriminata alimentata da un conflitto attuale nello Stato di allontanamento.

[4] Tra cui si annoverano la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza, la libertà di agire in giudizio per la tutela di interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento che si assumono lesi.

Inoltre, si potrebbe ragionevolmente ritenere che anche un contenuto minimo di garanzie sostanziali e processuali in tema di responsabilità penale costituirebbero requisiti indefettibili per ritenere superata la prova di resistenza articolata nella trama normativa interna, comunitaria (diritto UE e, in particolare, la direttiva del 13 dicembre 2011), convenzionale (Carta EDU) e internazionale (*ius cogens*, diritto

consuetudinario e principi di diritto generalmente riconosciuti dalle Nazioni civili): difatti, difficilmente si potrebbe asserire sufficientemente tutelata la libertà individuale in sistemi in cui la responsabilità oggettiva per fatti dai quali conseguono sanzioni penali costituisce il criterio normale di imputazione ovvero in ordinamenti in cui siano applicabili leggi introduttive di un irrigidimento sanzionatorio a reati commessi anteriormente alla loro entrata in vigore.

[5] Il 16 luglio la Camera ha approvato un provvedimento che prevede il finanziamento per 10.050.160 milioni di euro in favore delle milizie libiche per il controllo delle frontiere rientrando nel piano di supporto alla guardia costiera libica nella missione internazionale nella gestione bilaterale del fenomeno migratorio nel Mediterraneo. In realtà, siffatto accordo costituisce solo l'ultimo anello di una ventennale linea di accordi tra il governo libico e il governo italiano: la base giuridica della missione è da rinvenire nel Protocollo per la cooperazione tra l'Italia e la Libia 29 dicembre 2007 in materia di immigrazione clandestina e tratta degli esseri umani, nel Protocollo aggiuntivo tecnico operativo, siglato in data 29 dicembre 2009 (che prevedeva e lo svolgimento di attività addestrativa del personale della Guardia costiera libica e di pattugliamento a bordo delle unità cedute, nonché la manutenzione ordinaria delle 4 unità navali cedute dal Governo italiano al Governo libico pro tempore tra la fine del 2009 e l'inizio del 2010), il Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo del contrasto all'immigrazione illegale al traffico di esseri umani del 2 febbraio 2017, nonché nel D.L. n. 84/2018. Paventa eventuali profili responsabilità internazionale del governo italiano per aver agevolato la perpetrazione di crimini contro l'umanità perpetrati nei centri di detenzione sulle coste libiche - finanziando le milizie costiere dello Stato africano con soldi, equipaggiamento (motovedette e personale di bordo addestrato) e ampliando la zona SAR (search and rescue) di competenza della guardia costiera libica - in violazione dell'art. 25, III comma, dello Statuto di Roma, Mentasti, Campi di detenzione per i migranti in Libia: il caso Matammud, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2020, p. 223 e ss.

L'art. 25 co. 3 dello Statuto di Roma prescrive la responsabilità penale dello Stato che «agevola la perpetrazione di tale reato, fornisce il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza alla perpetrazione o al tentativo di farlo perpetrare di tale reato, ivi compresi i mezzi per farlo».

[6] Cit. Dossier 10 giugno 2020, Autorizzazione e proroga missioni internazionali 2020. Esame della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 21 maggio 2020, p. 64. <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01155059.pdf>

Soggiunge, il dossier in esame: «Il richiamato D.L., oltre a provvedere alla copertura degli oneri derivanti dal ripristino in efficienza e dal trasferimento delle unità navali, ha recato la copertura degli oneri per il 2018 per la manutenzione delle singole unità navali cedute e per lo svolgimento di attività addestrativa e di formazione del personale della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici, oneri pari a 1.370.000 euro», cit. p. 62

Il finanziamento italiano alle milizie costiere libiche si articola in quattro piani: EUBAM LIBIA, «istituita nel 2013 con l'obiettivo di fornire alle autorità libiche sostegno per sviluppare la capacità di accrescere la

sicurezza delle frontiere terrestri, marine e aeree, a breve termine, e per implementare una strategia di più ampia gestione integrata delle frontiere a più lungo termine (...)» (cit. p. 93) finanziato con 264.360 euro; Missione bilaterale di assistenza e supporto in Libia (MIBIL) «il cui obiettivo è di assistere il Governo di Accordo nazionale libico attraverso lo svolgimento di una serie di compiti (assistenza sanitaria, corsi di sminamento, formazione delle forze di sicurezza, assistenza nel controllo dell'immigrazione illegale, ripristino dell'efficienza degli assetti terrestri, navali ed aerei comprese le relative infrastrutture, attività di capacity building, ricognizioni sul territorio per individuare le attività di supporto necessarie, garanzia della cornice di sicurezza per il personale impiegato) a di gestione integrata delle frontiere a più lungo termine» (cit. p. 60), finanziato con 47.856.596 euro Missione bilaterale di assistenza alla Guardia costiera della Marina militare libica, con l'obiettivo di fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani, tramite l'addestramento della Guardia costiera libica e il mantenimento in esercizio delle unità navali cedute (...)» (cit. p. 61), con cui l'Italia partecipa con 39 unità di personale della Guardia di Finanza e con 8 unità dell'Arma dei Carabinieri, finanziata con euro 10.050.160.

[7] Ossia, replicando la formulazione dell'erede del garantismo penale bricoliano, sebbene sul diverso terreno della filosofia del diritto, «quello «spettro di valori inerenti alla persona umana antecedenti alla giustapposizione di qualsiasi ruolo sociale o status normativo, qualificati dagli attributi identitari di universalità, uguaglianza e indisponibilità», cit. Ferrajoli L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in Zolo D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 1999, p. 288. Come rileva, esattamente, Ricci: «Il divieto di non-refoulement, fissato nell'art. 33 par. 1, secondo la dottrina maggioritaria, è infatti una norma consuetudinaria che, pur sviluppatasi a partire dall'immediato dopoguerra a protezione dei rifugiati, soprattutto politici europei, che fuggivano dai regimi comunisti o dittatoriali, nel tempo ha acquisito valore di norma vincolante non limitata temporalmente ed estesa anche ad altri fenomeni scatenanti», *Umanità e sovranità. I diritti negati ai migranti (1986-2015)*, Bettinelli, 2017, p. 15.

[8] Apripista dell'indirizzo ermeneutico indicato è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo in, v. P. c. Belgio, 1963 e in Soering c. Regno Unito con pronuncia del 7 luglio 1989.

[9] In tal senso, cfr. Hirsi Jamaa et al. c. Italia, sent. 23.2.2012, par. 120. Da ultimo, il divieto di respingimento ha trovato massima estensione nella statuizione della sua inderogabilità anche nel caso di sussistenza di un pericolo per la sicurezza nazionale, risultando nel giudizio di bilanciamento necessario valorizzare, in ogni caso, la fondatezza del timore in ordine al patimento di persecuzioni, trattamenti inumani etc. da parte del richiedete asilo. Al più, il reale fondamento di un pericolo per la sicurezza nazionale esige un vaglio più rigoroso in ordine alla gravità dei rischi incombenti sulla libertà e sulla vita del richiedente, in caso di rimpatrio. In breve, laddove la duplice attività di verifica dovesse condurre ad esiti analoghi, idonei ad accertare la credibilità di entrambe le situazioni di pericolo postulate, l'interesse statale dovrà recedere di fronte al diritto soggettivo del singolo a non essere deprivato dei propri diritti fondamentali. Cfr., sul punto, Chahal, parr. 79-80; Saadi c. Italia, sent. 28.2.2008, par. 127. Sul tema, cfr. Papanicolopulu I., Baj, g. *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel*

diritto del mare, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2020, p. 266 e ss.

[10] In tal senso, un autorevole studioso del diritto civile ha posto a più riprese in luce l'importanza dell'accettazione da parte dei destinatari-beneficiari della vigenza del complesso disposizioni che si (auto)impone come diritto positivo: «L'effettività della norma non è data dalla misura della sua osservanza, ma dalla sua accettazione da parte del corpo sociale come norma giuridica: accettazione che si evidenzia nella valutazione sociale della sua inosservanza come violazione del diritto, e nell'applicazione delle sanzioni da parte degli organi costituiti per applicarle. Se però la norma è generalmente inosservata senza che ciò dia luogo a sanzioni, se le posizioni di vantaggio che essa nominalmente conferisce non sono più riconosciute come tali nella vita di relazione e non trovano tutela presso le istituzioni, quella norma non è più regola giuridica di rapporti sociali», cit. Bianca, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995 cit., 796-797. L'origine (acquisita) di diritto di natura consuetudinaria del principio di non-refoulement (pertanto, vincolante l'intera comunità internazionale e non solo le Parti contraenti della convenzione di Ginevra del 28 luglio del 1951 e gli Stati membri dell'Unione Europea) come presupposto indefettibile per trasmettere effettività al divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Carta EDU) riflette proprio la condivisione (oltre alla sola accettazione in senso hartiano) del contenuto assiologico (*Zweckmäßigkeit*) presidiato dalla disposizione normativa.

[11] Oggetto di due provvedimenti giudiziari: il primo del Tribunale di Agrigento, ufficio GIP, ord. 2 luglio 2019; il secondo di Cass. pen., sez. III, sent. 16 gennaio 2020 (dep. 20 febbraio 2020), n. 6626.

[12] Oggetto, anch'esso di due provvedimenti giudiziari: il primo, emanato dal Tribunale di Trapani, ufficio GIP, sent. 3.06.2019; il secondo, di esattamente un anno successivo, emanato dalla Corte di appello di Palermo, IV Sez. penale, 3.6.2020. Tale procedimento risulta ancora pendente atteso il ricorso in Cassazione presentato dall'imputato.

[13] Ordinanza sulla richiesta di convalida dell'arresto e di applicazione della misura cautelare, Tribunale di Agrigento, Ufficio GIP, p. 12.

[14] Noto il dibattito, che in codesta sede, si può solo menzionare tra i fautori della rilevanza puramente oggettiva delle cause di giustificazione in forza di quanto previsto dall'art. 59 co. 4 c.p. e quella parte della dottrina che invece ritiene necessario accertare, laddove previsti, la sussistenza degli elementi soggettivi richiesti dalla scriminante. Per siffatto orientamento ermeneutico, Fiore C, Fiore S., *Diritto penale, Parte generale*, VI edizione, 2020, pp. 399-402: «Al riguardo, ci sembra, in verità, doversi condividere il punto di vista di chi ritiene che in tutte le fattispecie esimenti imperniate sull'elemento della costrizione ad agire non si possa mai prescindere dal condizionamento motivazionale in cui si concreta l'elemento della costrizione. In questi casi, dovrà dunque escludersi l'applicabilità della esimente alle condotte offensive che deliberatamente abbiano mirato alla realizzazione dell'evento, al di fuori di ogni situazione di costrizione», cit. p. 401.

[15] *Ibidem*, p.12

[16] Merita di essere ivi riproposto il lascito del dibattito dei Costituenti in merito alla formulazione dell'art. 10, terza alinea: Il terzo comma fu vivacemente discusso in Assemblea. Nel progetto si diceva: «Lo straniero a cui siano negate nel proprio paese le libertà, ecc.». L'on. Treves e altri proposero: «Lo straniero al quale sia negato l'effettivo esercizio dei diritti di libertà, ecc.». L'on. Cappi propose: «Lo straniero al quale nel proprio paese sia impedito di diritto e di fatto l'esercizio delle libertà, ecc.». Ciascuno sostenne la propria formula con identici concetti; la Commissione li accettò invitando i proponenti a concordare una formula unificata: ciò che fu fatto, e la formula concordata fu quella approvata: «Lo straniero al quale sia impedito nel proprio paese l'effettivo esercizio delle libertà, ecc.», cit. La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i Lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato Generale della Camera dei Deputati con Prefazione di Vittorio Emanuele Orlando p. 42

[17] Ibidem, p. 42.

[18] Cass. pen., Sez. V., sent. 11 marzo 2014, della quale, peraltro, il GIP di Agrigento non mutua in motivazione il principio di diritto, né altro passaggio argomentativo. La sentenza citata, richiamando il I comma dell'art. 6 che consacra il principio di territorialità della giurisdizione penale, statuisce, in riferimento all'individuazione proprio della circostanza di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p. che: «La norma citata esime da pena colui che abbia commesso il fatto per

adempiere a un dovere impostogli da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità. Orbene, alla stregua di quanto disposto dall'art. 6 cod. pen., non può revocarsi in dubbio che il parametro normativo al quale riferirsi, sia per individuare il contenuto del «dovere», sia per verificare la legittimità dell'ordine impartito, debba essere ricercato nell'ordinamento giuridico italiano», cit. p. 12.

A ben vedere, il principio di diritto affermato, facente leva su un argomento testuale di diritto positivo (una prova di resistenza, quindi, difficilmente superabile), non trova tuttavia consenso unanime della dottrina. Invero, il tenore degli argomenti riecheggia quello proposto da quella parte della dottrina che ha sostenuto l'astratta configurabilità di cause scriminanti non codificate, in quanto, la seconda alinea dell'art. 25 della Costituzione e gli artt. 1 e 2 del Codice, sancendo il principio di legalità e i suoi corollari nel principio di tassatività e nel divieto di analogia, costituirebbero un argine al potere punitivo (tutte e tre le disposizioni esordiscono con «Nessuno può essere punito (...)»), ma non all'applicazione di leggi penali che escludano la responsabilità o limitino la gravità per una fattispecie incriminatrice. Nello stesso senso depono la fisionomia del principio di legalità nelle fonti sovranazionali (art. 49 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza e l'art. 7 della Carta EDU).

Tale ad esempio, è il criterio regolatore delle circostanze attenuanti generiche (art. 62 bis c.p.) le quali, sebbene entro certi limiti, accordano un poderoso potere discrezionale al giudice per mitigare il trattamento sanzionatorio. Altro esempio comunemente addotto è quello costituito dal diritto di sciopero tutelato dall'art. 40 della Suprema Carta e idoneo ad escludere la responsabilità per i delitti di interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), di rifiuto ovvero omissione di atti di ufficio (art. 328 co. 1 e

2 c.p.) ovvero la contravvenzione di cui all'art. 651 c.p.

Fautore della tesi dell'antigiuridicità materiale e dell'inapplicabilità del divieto di analogia alle cause di giustificazione, fu Antolisei: «Abbiamo detto che nel nostro ordinamento giuridico è vietato (il ricorso all'analogia) solo per quelle norme penali in senso stretto, e cioè per la disposizione che prevedono i singoli reati e stabiliscono le relative pene oppure in un altro modo limitano i diritti dell'individuo (analogia in malam partem). L'estensione analogica delle norme che non presentano i detti caratteri e si risolvono in un vantaggio per l'individuo, in conseguenza, non può ritenersi interdetta», Manuale di diritto penale. Parte generale, 2003, p. 315 e ss.

Altresì, concorde la dottrina sul punto, è ormai condivisa la natura extrapenale delle cause di giustificazione idonee ad escludere non solo la rilevanza penale del fatto, ma ad accertarne la liceità rispetto all'intero ordinamento giuridico. In tal senso, «Il procedimento di ricostruzione delle fattispecie "permissive" è però alquanto differente da quello che caratterizza l'individuazione degli elementi del fatto tipico, e per nulla speculare ad esso. Ciò dipende essenzialmente dal fatto che, mentre la risposta alle domande che concernono l'esistenza di un fatto tipico è interamente contenuta nel diritto penale, la risposta alla domanda se quel fatto tipico sia anche un fatto antigiuridico, va invece ricercata guardando all'intero ordinamento giuridico. Nel primo caso, infatti si tratta di stabilire se si è verificato, in concreto, un fatto che corrisponde a quello descritto in una disposizione incriminatrice; nel secondo si tratta, invece, di confrontare il fatto tipico con l'insieme delle regole espressa da un ordinamento giuridico», Fiore C., Fiore S., Diritto penale, Parte generale, VI edizione, 2020, p. 333.

[19] L'unica disposizione affine al nostro art. 51 co. 1 c.p., primo periodo è costituita dall'art. 33 co. 1. a) dello Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI) che esclude la responsabilità per l'autore del fatto nel caso in cui abbia agito in esecuzione di un ordine del governo o «del superiore in questione». Occorre fin da subito prendere atto, come appare evidente, l'impossibilità di ricondurre nella suddetta fattispecie il caso concreto da noi esaminato. Al più, attraverso il ricorso ai principi generali (dischiudendo un percorso alquanto accidentato), il dovere di soccorrere persone in mare e il correlato divieto per lo Stato costiero più vicino di vietarne l'ingresso e l'allontanamento originerebbe dall'obbligo di osservanza secondo 'correttezza e buona fede' delle convenzioni sovranazionali e, più precisamente, dal divieto di abusare del diritto (art. 54 Carta di Nizza) , piegando le clausole generali che, rintracciando un 'pericolo per la sicurezza nazionale' del natante, consentono di impedirne l'accesso nelle acque territoriali (art. 33 co. 2 Convenzione di Ginevra) ovvero l'espulsione (art. 32 co. 1). Ad esempio, in tempi recenti, il dilagare dell'epidemia da covid-19 nei Paesi africani non risulterebbe una circostanza di legittima esclusione dei migranti dal continente africano dal diritto di richiedere asilo, laddove ricorrano i requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato, nel territorio nazionale.

Tuttavia, a ben vedere, proprio il preambolo che precede il testo della Convenzione di Ginevra, sancisce l'ineludibilità di un sistema di accoglienza ispirato dai principi della «solidarietà internazionale», consente di riconoscere un (seppur debole perché appartenente al soft law) un aggancio per subordinare o, almeno, condizionare, i doveri degli Stati membri all'accoglienza dei migranti alla cooperazione reciproca (la totale

assenza della quale, seguendo questa linea di lettura, potrebbe temperare la rigidità del giudizio sull'abuso del diritto da parte della Parte contraente che si rifiuti, sulla scorta di motivazioni dotate di autonoma ragionevolezza, di consentire l'accesso al natante straniero.

[20] Come è noto, per norme interposte si intendono disposizioni di diritto sovranazionale le quali, in forza dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto (art. 10, I alinea, Cost.) e ai vincoli derivanti dai trattati internazionali e dal diritto comunitario (art. 117, I alinea, Cost.), assurgono a parametro mediano di validità delle disposizioni di legge ordinaria. Pertanto, in quanto gerarchicamente superiori alle disposizioni di legge ordinaria, in caso di antinomia normativa, saranno queste ultime non solo a doversi disapplicarsi ma a doversi dichiarare illegittime (e, pertanto, invalide ex tunc). La Corte Costituzionale, in una recente sentenza, ha delineato l'inquadramento giuridico in relazione a funzione e grado delle norme interposte, riferendosi alle norme della Convenzione europea dei diritti fondamentali: «Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali», Corte Costituzionale, sent. 348 del 22 ottobre 2007, p. 21.

Soggiunge la Corte che la verifica di conformità delle norme CEDU deve, in ogni caso svolgersi sul prodotto dell'attività interpretativa della giurisprudenza comunitaria e, altresì, deve precedere, come desumibile sul piano logico, l'esame sulla legittimità costituzionale della disposizione di legge ordinaria (anch'essa, a sua volta, da interpretare nel senso conforme a costituzione): «L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta», *ibidem*, p. 21. In senso critico alla configurazione della Suprema Corte, cfr. Cicconetti, S., M., Creazione indiretta del diritto e delle norme interposte, in AIC, 2008.

[21] Nel paragrafo successivo (6.13), si esclude espressamente qualsiasi forma di imbarcazione dalla definizione di luogo sicuro ('place of safety'): «Non può quindi essere qualificato "luogo sicuro", per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse».

[22] In realtà, come rileva correttamente Masera, in una critica serrata alla pronuncia dei giudici palermitani, 'accusati' di aver mischiato 'vittime e carnefici': «La volontaria accettazione del pericolo di

naufragio non si riverbera, quindi, su alcuna causa di giustificazione che i migranti (e nello specifico gli imputati) potrebbero invocare, per il semplice motivo che a monte la loro condotta antecedente alla reazione nei confronti del tentato respingimento non integra gli estremi di alcun fatto tipico di reato (...). Tale scriminante rileva invece per escludere rilievo penale alle condotte dei soccorritori che, dopo averli presi a bordo, trasportino i migranti sulle coste italiane, integrando così con la loro condotta gli estremi della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12 TUI: secondo una consolidata giurisprudenza di legittimità, ad essi si applica l'art. 54 c.p. (o l'art. 51 c.p., sub specie dell'adempimento del dovere)», cit. Masera, L., I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non-refoulement, in Sistema penale, 21 luglio 2020, cit. p.11.

[23] C. App. Palermo, 3 giugno 2020, sent. 1525, Pp. 8-9. In realtà, come è noto, l'art. 52 c.p. non preclude espressamente - a differenza della disposizione che regola lo stato di necessità al successivo art. 54 c.p. - l'applicabilità della esimente qualora il pericolo sia stato volontariamente causato dall'agente. Tuttavia, la dottrina e la concorde giurisprudenza riconoscono nei requisiti dell'attualità del pericolo e dell'ingiustizia dell'offesa la necessità che la situazione di pericolo sia determinata da fattori esterni e imprevedibili dal soggetto agente.

«L'involontarietà del pericolo, sebbene non risulti espressamente richiesta dall'art. 52 c.p., è essenziale al concetto di legittima difesa perché la formula adoperata dall'art. 54 c.p. in tema di stato di necessità, richiamante un pericolo non volontariamente causato e non evitabile, è inclusa nel più lato concetto del pericolo attuale di una ingiusta offesa da cui si sia costretti a difendersi. Ne consegue che anche in presenza di un'offesa ingiusta l'azione di chi reagisce ad una condizione di pericolo da lui stesso determinata e liberamente voluta non può essere discriminata in virtù dell'art. 52 c.p., in quanto la situazione di pericolo determinatasi e che ha cagionato la definitiva reazione è stata prevista e liberamente accettata», Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 1990.

Potrebbe, al più, costituire punto controverso l'ancoramento della volontarietà del pericolo all'art. 42 ovvero all'art. 43 c.p. In breve, se può considerarsi 'volontariamente causato' anche il fatto di chi ha agito per colpa, ma con coscienza e volontà (art. 42 c.p.) ovvero se, sia necessario che il soggetto abbia agito rappresentandosi e volendo (dolo generico) la situazione pericolosa che ha 'determinato' la re(azione) illecita da parte dell'agente. Come è noto, infatti, mentre l'art. 42 del Codice, al comma 1, detta i requisiti per l'appartenenza psichica della condotta o («Nessuno può essere punito per un'azione o un'omissione (...)»); il comma secondo dello stesso articolo, in riferimento al dolo, si riferisce espressamente al fatto (tipico), ossia, alla sequenza della condotta, dell'evento e del rapporto di causalità come oggetto di rappresentazione e volizione dell'agente («Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo (...)»).

[24] La quale aveva escluso la configurabilità della legittima difesa in quanto, a tutto voler concedere (ossia, a voler riconoscere la sussistenza del grave pericolo di un'offesa ingiusta), non sarebbe comunque stato possibile ritenere gli imputati titolari di una situazione giuridica soggettiva: al dovere di non-

refoulement non corrisponderebbe il diritto di asilo dei migranti nel 'porto sicuro'. In realtà, l'affermazione che su un piano teorico generale - un dovere giuridico, normalmente, è concepito proprio in funzione della tutela di un diritto o di altra situazione giuridica soggettiva ritenuta meritevole di tutela - e su piano dogmatico - l'art. 10 riconosce testualmente «diritto d'asilo» allo straniero che versi nelle condizioni idonee ad attribuirgli lo status di rifugiato - rivela preoccupazioni condivisibili su un piano politico-criminale. Difatti, riconoscendo in ogni latitudine del mare il diritto dei migranti a non essere respinti, come visto, legittimo, in quanto la giurisdizione statale ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato si estende anche nelle aree «di transito», si avallerebbe la sistematica aggressione dell'equipaggio di bordo che non asseconi la volontà delle persone a bordo. Condivisibile sul punto, la critica del Collegio palermitano al percorso logico-argomentativo sviluppato dal primo giudicante per addivenire, sul piano tecnico-giuridico, al riconoscimento dello stato di necessità: «E, pur consapevole del costante orientamento giurisprudenziale (...), , risolveva il problema ritenendo in base ai rapporti generali sulle condizioni di vita in Libia, ed in particolare sulla sicurezza alimentare, sul diritto alla salute (...) e, più in generale sulle condizioni di vita in Libia; nonché sulle condizioni esistenti in Sudan, paese dal quale giungevano alcuni migranti, di ritenere che tutta l'operazione volta a raggiungere la costa italiana fosse dettata da uno stato di necessità...D'altra parte, sarebbe davvero in contrasto con i principi di ragionevolezza dell'ordinamento giuridico e persino in qualche modo criminogena, una interpretazione dei principi regolatori della causa di giustificazione della legittima difesa (...) che consentisse ai migranti di azionare sempre e comunque comportamenti obiettivamente illeciti nei confronti di equipaggi marittimi che non assecondero la loro volontà di raggiungere le coste europee, peraltro in situazioni di pericolo intenzionalmente causate; o la cui causazione sia stata da loro volontariamente accettata», pp. 7-8.

[25] In primis, come notato, sorge in capo al pubblico ufficiale al comando delle imbarcazioni di soccorso il concorso di due scriminanti, l'adempimento di un dovere (il soccorso dei naufraghi/soggetti in procinto di naufragare in mare), lo stato di necessità (art. 54 c.p.), oltre, che il dovere penalmente presidiato di prestare soccorso a chi si trovi «altrimenti in pericolo» ex art. 593 co. 2 c.p. In siffatta circostanza, si registra un concorso tra norme che permettono (le cause di giustificazione ex art. 52 e 54 c.p., infatti, consentono di difendere il proprio o altrui diritti offendendo un diritto altrui, ma non impongono di ledere la vita, l'incolumità fisica dell'aggressore etc.), non essendo imperative, di commettere un fatto tipico di reato escludendone l'illeceità e norme che impongono (art. 593 co. 2 c.p. e art. 51 c.p.) che impongono al soggetto una determinata condotta, sotto la minaccia, nell'ipotesi della fattispecie p. e p. dal comma II dell'art. 593 di una sanzione penale.

[26] Cit. Ruggiero, C., Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare: le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2020, p. 211 e ss. È il caso, denominato nella dottrina tedesca di echte Pflichtenkollision, ossia di conflitto di tra disposizioni imperative che impongono obblighi tra loro incompatibili, in cui l'adempimento dell'uno preclude l'adempimento dell'altro (ad esempio, la causa di

giustificazione di cui all'art. 51 co.1 c.p. e il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ex art. 12 bis d.lgs. 286/1998); cfr. sulla differenziazione tra il concorso di norme (antinomia in senso lato) e il conflitto di norme (antinomia in senso stretto), in una lucida disamina di carattere dogmatico-normativo, Mantovani, Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966, p. 53 ss.

[27] Il quale comandante, nel nostro caso del rimorchiatore Vos Thalassa, agirebbe e ha agito, a sua volta, in adempimento di un ordine, insindacabile, ricevuto da un'autorità gerarchicamente superiore (art. 54 co. 4 c.p.)

Inoltre, a causa del disordine normativo in materia, non potrebbe senz'altro ritenersi evitabile e inescusabile (art. 5 c.p.) la mancata conoscenza da parte del comandante della norma che, in seguito a un (peraltro non semplice) procedimento di risoluzione delle antinomie secondo il criterio gerarchico, dovrebbe legittimamente applicarsi al caso di specie.

[28] Quasi, perché tra i contrari al rinnovo degli accordi con la Libia approvati nel Decreto Missioni nella maggioranza, Matteo Orfini ha denunciato con parole durissime la tacita adesione ai soprusi e alle aberrazioni che si replicano sulle coste libiche: «Sappiamo di stare finanziando chi fa traffico di esseri umani, chi riporta i migranti in posti dove subiscono torture, stupri, omicidi, farlo dicendo che gli chiederemo di comportarsi bene è una gigantesca ipocrisia. Dobbiamo rimanere in Libia, sono d'accordo, ma per difendere i più deboli, non per formare e finanziare chi li tortura».

<https://www.diritto.it/il-principio-di-non-refoulement-nella-trama-delle-cause-di-giustificazione-del-reato/>