

VICO VALENTINI

DOVERE DI SOCCORRERE O DIRITTO DI SPERONARE?  
QUALCHE SPUNTO (QUASI) A CALDO SUL CASO SEA WATCH 3

SOMMARIO: 1. I fatti. – 2. L'alt interministeriale e il via libera del GIP. – 3. Un appunto non decisivo. – 4. Doveri di soccorso e diritto internazionale del mare. – 5. Diritti dei migranti e diritto sovranazionale dei diritti umani. – 6. Oltre le tifoserie: diritti-doveri incerti e test dinamico di proporzionalità.

1. *I fatti*

Sulla dinamica fattuale non ci piove, le narrazioni di magistrati, studiosi e cronisti (seri) combaciano pressoché perfettamente: la Sea Watch 3, imbarcazione appartenente all'omonima ONG tedesca e battente bandiera olandese<sup>1</sup>, la mattina del 12 giugno scorso intercettava un natante carico di migranti in – obiettive, ma non anche accidentali – condizioni di *distress*<sup>2</sup> nella zona SAR di competenza libica<sup>3</sup>; la capitana Rackete, segnalato lo scenario al *Maritime Rescue Coordination Centre* (MRCC) dello Stato 'primariamente responsabile' delle operazioni di sbarco (la Libia, appunto)<sup>4</sup>, ad alcuni Stati costieri (Italia e Malta) e, come oramai da prassi, allo Stato di bandiera (Olanda), procedeva quindi al *pick up* dei viag-

<sup>1</sup> Il cui ritiro, se – legittimamente – disposto, non è senza conseguenze sul piano giuridico: v. da ultimo M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *DUDI*, 2019, 5 ss., 35 ss., 41 ss.

<sup>2</sup> «[E]ra un gommone in condizioni precarie e nessuno aveva un giubbotto di salvataggio, non avevano benzina per raggiungere alcun posto, non avevano esperienza nautica, né avevano un equipaggio»: così le dichiarazioni di Rackete, la cui genuinità è fuori discussione, riportate testualmente da GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, fra l'altro in *Dir. pen. cont.*, 3.7.2019, 8. Diversamente da quanto afferma F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto internazionale e nell'ordinamento interno*, in *QG*, 2/2018, 215 ss., 217, invece, nell'ambito del diritto internazionale del mare non è così pacifico che la nozione di 'distress' includa le ipotesi di pericolo auto-indotto ed i casi in cui si affronti intenzionalmente un viaggio con mezzi inadeguati: M. DE FILIPPO, *Irregular migration and safeguard of life at sea. International rules and recent developments in the Mediterranean sea*, in A. DEL VECCHIO (cur.), *International law of the sea*, The Hague, 2014, 9 ss.

<sup>3</sup> La zona SAR (*Search and Rescue Region*), come noto, non coincide col mare territoriale; quella italiana, ad es., si estende fino a coprire circa 500.000 km<sup>2</sup>: v. ad es. U. LEANZA, F. CAFFIO, *Il SAR mediterraneo*, in *Rivista Marittima*, Giugno 2015, 10 ss.

<sup>4</sup> Cfr. par. 1.1., Reg. 33, Cap. V Conv. SOLAS; nonché par. 3.1.9 All. Conv. SAR, così come emendati nel 2004.

giatori (auto-)esposti a pericolo, richiedendo – a tutti e quattro i centri di coordinamento allertati – l’indicazione di un ‘approdo sicuro’ (*place of safety*, POS)<sup>5</sup>.

In coerenza con le istruzioni del *Maritime Safety Committee*<sup>6</sup>, il governo formalmente incaricato del – e che si era effettivamente assunto il – coordinamento dell’evento SAR (sempre la Libia) indicava Tripoli quale ‘posto sicuro’: che però, come tristemente noto, tutto è meno che *safe*<sup>7</sup>.

Ed allora, esclusa la Tunisia<sup>8</sup>, e scartata pure la riottosa Malta<sup>9</sup>, il giorno successivo la comandante faceva rotta verso Lampedusa, e ciò nonostante il MRCC di Roma avesse segnalato la sua (formalmente innegabile) incompetenza.

Seguiva una comunicazione via e-mail (il 13 giugno) con cui le Autorità italiane intimavano alla nave ONG di non penetrare le acque territoriali, precisando che lo «ingresso sarebbe stato pregiudizievole per l’ordine pubblico ed il passaggio in acque nazionali sarebbe stato considerato non inoffensivo» ai sensi del combinato disposto *ex artt.* 18, 19 Conv. UNCLOS<sup>10</sup>; nonché (il 15 giugno) la

<sup>5</sup> La cui definizione è affidata a una *soft law* (le linee-guida del MSC, adottate con risoluzione del 20.4.2004, par. 6.12 e ss.) che, come tale, non genera obblighi vincolanti, e che, peraltro, assolve funzioni – non già integrative ma – meramente interpretative della Convenzione SAR: F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo...o quantomeno di provarci*, in *DUDI*, 2014, 63 ss., spec. 67 ss.

<sup>6</sup> V. ancora le linee-guida MSC del 20.4.2004, par. 2.5.

<sup>7</sup> Vuoi per le raccapriccianti condizioni in cui versano i migranti nei campi di raccolta libici, teatro di violenze anche sessuali, sequestri, torture e trattamenti inumani o degradanti; vuoi perché la Libia non ha aderito alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati né garantisce l’accesso agli altri strumenti di protezione internazionale (cd. *risk of chain refoulement*): in tema, v. J.J. RIJPMAN, *The patrolling of the European Union’s external maritime border: preventing the rule of law from getting lost at sea*, in A. DEL VECCHIO (cur.), *International law*, cit., 77 ss.; G. BATTARINO, *I campi di raccolta libici: un’istituzione concentrazionaria*, in *QG*, 2/2018, 239 ss.; cfr. anche le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa di maggio 2019 *Live saved. Rights protected. Bringing the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, in *Dir. pen. cont.*, 20.6.2019, 27 ss.

<sup>8</sup> Che, secondo GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9, sarebbe sprovvista di porti sicuri: perché non riconosce un ‘diritto all’attracco’ di navi che trasportano migranti-naufraghi, e perché «non prevede una normativa a tutela dei rifugiati, quanto al diritto di asilo politico».

<sup>9</sup> La quale, oltre ad avere adottato la politica dei ‘porti chiusi’, non ha ratificato gli emendamenti del 2004 alle Convenzioni SAR e SOLAS – peraltro nient’affatto risolutivi circa l’identificazione di un ‘luogo di approdo’ né, tanto meno, introduttivi di precisi doveri di accoglienza a carico degli Stati interessati dall’evento SAR: cfr. ancora F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo*, cit., 69.

<sup>10</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 6. La Convenzione di Montego Bay, dopo aver attribuito a tutte le unità navali un diritto al passaggio inoffensivo attraverso il mare territoriale (art. 17), e dopo aver specificato significati («la navigazione nel mare territoriale allo scopo di: a) attraversarlo senza entrare nelle acque interne né fare scalo in una rada o installazione portuale situata al di fuori delle acque interne; b) dirigersi verso le acque interne o uscirne, oppure fare scalo in una rada o installazione portuale»: art. 18, par. 1) e caratteristiche del ‘passaggio’ (che dev’essere «essere continuo e rapido. Il passaggio consente tuttavia la fermata e l’ancoraggio, ma soltanto se questi costi-

notifica del provvedimento interministeriale, di pari tenore, adottato in forza del neo-introdotta art. 11, co. 1-ter T.U. Imm.: che, appunto, autorizza il Ministro degli Interni – di concerto coi Ministri dei trasporti e della difesa – a vietare o limitare il transito o la sosta di navi straniere nel mare territoriale nei casi *già previsti* dall'art. 19 Conv. UNCLOS, ossia «per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alla violazione delle leggi di immigrazione vigenti», del medesimo accordo internazionale<sup>11</sup>.

Cominciava così l'interminabile palleggio – tredici giorni – della Sea Watch 3 a ridosso delle acque territoriali italiane, durante il quale la capitana reiterava la richiesta di assegnazione di un POS a Roma, e segnalava a più riprese le precarie condizioni medico-sanitarie in cui versavano alcuni ospiti: a cui, si badi, veniva puntualmente posto rimedio<sup>12</sup>.

Nella percezione di Rackete, però, il costante monitoraggio medico e le operazioni di evacuazione non erano state sufficienti a ridurre a zero le probabilità di danno a un coacervo di beni personali – peraltro di variegata titolarità: il benessere e l'integrità psichica dei migranti<sup>13</sup>, la loro vita e integrità fisica<sup>14</sup>, l'incolumità della stessa comandante e del suo equipaggio<sup>15</sup>; e così, proprio per evitare che

tuiscono eventi ordinari di navigazione o sono resi necessari da forza maggiore o da condizioni di difficoltà, oppure sono finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo o in difficoltà»: art. 18 par. 2), stabilisce che il passaggio è inoffensivo fintanto che non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero (art. 19, par. 1), e che tale pregiudizio/offensività è apprezzabile là dove la nave, nell'ambito del mare territoriale, sia impegnata – fra l'altro – nel «carico o [nel]lo scarico [...] persone in violazione delle leggi e dei regolamenti [...] di immigrazione vigenti nello Stato costiero»: art. 19, par. 2, lett. g).

<sup>11</sup> Per un primo commento del cd. decreto sicurezza bis, introduttivo – fra l'altro – dell'art. 11, co. 1-ter T.U. Imm., S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18.6.2019.

<sup>12</sup> Venivano infatti evacuati e trasportati a terra 13 migranti che necessitavano di cure e assistenza mediche: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 6 ss.

<sup>13</sup> Nella motivazione dell'ordinanza qui in commento (10), vengono enfatizzati «lo scoramento, la frustrazione e le sempre più precarie condizioni di salute dei naufraghi», riportando le dichiarazioni della stessa Rackete: «*la situazione psicologica stava peggiorando ogni giorno, molte persone soffrivano lo stress post traumatic[o], quindi quando abbiamo detto alle persone che l'esito era negativo la pressione psicologica era diventata intensa perché non avevamo nessuna soluzione e le condizioni mediche peggioravano. Abbiamo deciso di dichiarare lo stato di necessità e di entrare nelle acque territoriali. Questo il 26 giugno, quindi noi abbiamo cercato per 14 giorni di non infrangere la legge*».

<sup>14</sup> «Salvare vite umane è molto più importante che subire un procedimento penale»: così la capitana in un'intervista alla Zdf riportata in *www.ansa.it*, 12.7.2019. E ancora: «non ce la faccio più, devo portarli in salvo» (*www.ilgazzettino.it*, 28.6.2019); «So cosa rischio ma i 42 naufraghi a bordo sono allo stremo. Li porto in salvo» (*www.lapresse.it*, 26.6.2019).

<sup>15</sup> «*[d]iverse persone del mio team hanno espresso serie preoccupazioni, uno dei medici ha detto che non avrebbe potuto prevedere più le reazioni delle persone a bordo...diceva che ogni piccola cosa*

quel futuribile ‘rischio pluridirezionale’ (ri-)sorgesse, la comandante, il 26 giugno, decideva di dichiarare «lo stato di necessità» e di «entrare nelle acque territoriali» italiane<sup>16</sup> in violazione del dispaccio interministeriale e del triplice alt opposto dalle motovedette della GdF<sup>17</sup>, posizionandosi a breve distanza dalle ostruzioni portuali.

Infine, dopo essere stata visitata diverse volte dalla GdF, anche in qualità di indagata<sup>18</sup>, la capitana rompeva i residui indugi: sollevava l’ancora e, ignorando ancora una volta il diniego delle Autorità portuali, procedeva all’attracco, scalzando la motovedetta militare che tentava d’impedire quella manovra<sup>19</sup>.

Scesa a terra, Rackete veniva immediatamente arrestata e posta a disposizione dell’A.G. per la convalida.

## 2. *L’alt interministeriale e il via libera del GIP*

Gli addebiti con cui si è confrontato il Giudice agrigentino si collocano tutti nel micro-segmento conclusivo della manovra di salvataggio condotta dalla Sea Watch 3, vale a dire nella fase dell’ormeggio sulla banchina del porto di Lampedusa<sup>20</sup>: quando Rackete, oltre a non rispettare gli alt intimati dalla motovedetta della GdF, praticando manovre evasive e quindi facendo resistenza a una nave da guerra nazionale, ne urtava il fianco sinistro all’atto di procedere all’attracco, con ciò mettendo in pericolo anche l’incolumità dei pubblici ufficiali a bordo dell’imbarcazione militare<sup>21</sup>.

Di qui l’arresto e l’accusa: violazione della norma *ex art.* 1100 c. nav.<sup>22</sup> e – in

*avrebbe potuto far esplodere la situazione ed il coordinatore-ospite ha detto che le persone stavano perdendo la fiducia nell’equipaggio»*: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 10.

<sup>16</sup> Un perimetro di mare, dunque, senz’altro soggetto alla giurisdizione italiana. Sulla tendenza della Corte di Strasburgo, al ricorrere di determinati presupposti, ad estendere la giurisdizione statale al mare internazionale, v. ora S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei Trattati sui diritti umani*, in *RDI*, 2018, 1086 ss.

<sup>17</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 7.

<sup>18</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9 ss.

<sup>19</sup> Motovedetta che, al cospetto della ben più imponente nave ONG (17,5 contro circa 1400 tonnellate), non poteva che desistere dall’intento, divincolandosi dalla ‘morsa’ ed ormeggiando in zona poco distante: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 1 ss., 8.

<sup>20</sup> Mentre non attengono alla precedente fase dell’introduzione dei migranti nel mare territoriale, che potrebbe integrare la violazione degli art. 12, co. 1 e 3, T.U. Imm.: così anche L. MASERA, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *QG*, 2018, 225 ss.

<sup>21</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

<sup>22</sup> *Resistenza o violenza contro nave da guerra* – 1. Il comandante o l’ufficiale della nave, che commette atti di resistenza o di violenza contro una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. 2. La pena per coloro che sono concorsi nel reato è ridotta da un terzo alla metà.

concorso formale, parrebbe<sup>23</sup> – resistenza a pubblici ufficiali *ex art.* 337 c.p.<sup>24</sup>.

Il GIP della convalida, dal canto suo, ricordato che il diritto internazionale pattizio è *lex superior* per dettato costituzionale (art. 117 Cost.), selezionava da quella normativa interposta un ventaglio di disposizioni che stabilirebbero, per un verso, il *dovere del comandante* di una nave di soccorrere prontamente chiunque si trovi in pericolo in mare (art. 98 Conv. UNCLOS; Regola V/33 Conv. SOLAS; art. 1198 c. nav.); e, per altro verso, il *dovere degli Stati contraenti*, inclusi quelli costieri, di cooperare attivamente nelle attività di ricerca e salvataggio dei naufraghi, e quindi, in ultima analisi, di «soccorrere e fornire prima assistenza allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato» (par. 3.1.9 All. Conv. SAR; artt. 18 e 19 Conv. UNCLOS, letto congiuntamente alla disciplina *ex art.* 10-ter d.lgs. 286/98)<sup>25</sup>.

E questa coppia di obblighi cavati dal diritto internazionale del mare, sempre secondo il GIP, esibirebbe identici contenuti e pari estensione: non si esaurirebbe nel soccorso di necessità dei naufraghi (nella «mera presa a bordo»), ma implicherebbe anche il loro sbarco-ricovero in un POS (la «loro conduzione fino al più volte citato porto sicuro»): per tale intendendosi il porto più vicino al luogo del *pick-up* in cui possano essere garantiti non solo la sicurezza della vita dei naufraghi e i loro bisogni primari (cibo, alloggio, cure mediche), ma anche il rispetto degli altri diritti basici e la *chance* di accedere agli strumenti di protezione internazionale<sup>26</sup>.

Perciò – continuava la Dott.ssa Vella – la comandante Rackete non ha fatto altro che adempiere un dovere (anzitutto, e soprattutto) imposto dal diritto internazionale del mare<sup>27</sup>, mentre il Governo italiano, negando l'accesso nel mare territoriale e lo sbarco dei migranti, sarebbe venuto meno al suo, per di più con una serie di regole generali e puntuali (le direttive ministeriali in materia di 'porti chiusi', il provvedimento interministeriale di diniego, lo stesso 'decreto sicurezza bis' che attribuisce quel 'potere di chiusura') di rango sotto-ordinato alla legge internazionale marittima<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> In questo senso, del resto, già Cass., III, 16.12.1987, n. 1988, in *CED* 177615.

<sup>24</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 1 ss.

<sup>25</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 2-5.

<sup>26</sup> Come già anticipato, in effetti, il GIP considera i porti tunisini '*unsafe*' (anche) perché la Tunisia «non prevede una normativa a tutela dei rifugiati, quanto al diritto di asilo politico»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9; conf. GIP Trapani, sent. 23.5.2019, in *Dir. pen. cont.*, 24.6.2019, 27; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi*, cit., 222 ss.

<sup>27</sup> «[I]l 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 più volte citato porto sicuro»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 12.

<sup>28</sup> «Ritiene, peraltro, questo Giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul

Breve: il dovere di sbarcare i migranti-naufragi in un POS esiste(va), ed è(ra) stato puntualmente e correttamente adempiuto, liceizzando la condotta oggettivamente e soggettivamente tipica *ex art. 337 c.p.*<sup>29</sup>.

Il fatto di resistenza-violenza (non contro i finanziari ma) contro il vascello condotto dai pubblici agenti<sup>30</sup>, infine, sarebbe atipico *ex art. 1100 c. nav.*: giacché, stando alla «condivisibile opzione ermeneutica del Giudice delle Leggi (v. Corte cost., sentenza n. 35/2000), le unità navali della Guardia di Finanza sono considerate navi da guerra solo “quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare”»<sup>31</sup>.

Epilogo precautelare: mancata convalida dell’arresto e immediata liberazione della capitana.

### 3. *Un appunto non decisivo*

Quando si maneggiano scriminanti in bianco (come quella *ex art. 51 c.p.*)<sup>32</sup> e concetti normativi (di cui pullula la descrizione tipica *ex art. 1100 c. nav.*)<sup>33</sup>, un penalista deve di necessità – e, volendo, *oborto collo* – aprirsi alle normative rinviate, tentando di coglierne con ragionevole precisione la fisionomia positivizzata e *in action*; ciò proveremo a fare qui di seguito, senza mai abbandonare la necessaria cautela che deve accompagnare l’intera escursione: perché non siamo internazionalisti né, tanto meno, esperti di diritto della navigazione; e perché l’autonomia dell’ermeneutica penale non può spingersi al punto di obliterare elementari esigenze di coerenza inter-settoriale.

Ora, come già anticipato, il GIP ha sostenuto che la Consulta, in un arresto di vent’anni fa, avrebbe confermato che le motovedette della GdF, sempre da qualificarsi ‘navi militari’, andrebbero considerate anche ‘navi da guerra’ *esclusivamen-*

capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di “porti chiusi” o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministero degli Interni di concerto con il Ministro della Difesa e delle Infrastrutture [...]»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

<sup>29</sup> Circa l’addebito *ex art. 337 c.p.*, «deve osservarsi [...] che il fatto deve essere molto ridimensionato, nella sua portata offensiva [...]; 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 seppur calcolata, permette di ritenere sussistente il coefficiente soggettivo necessario ai fini della configurabilità concettuale del reato in discorso»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

<sup>30</sup> Si tratta in sostanza della cd. resistenza impropria cui fa riferimento Cass., III, 14.6.2006, n. 31403, in *www.iusexplorer.it*, § 3.1.

<sup>31</sup> GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

<sup>32</sup> In tema, v. per tutti C.F. GROSSO, *L’errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 199 ss.

<sup>33</sup> A cominciare dalle nozioni di ‘comandante’ e ‘nave da guerra’.

te quando operano al di fuori del mare territoriale; perciò, visto che la Sea Watch 3 aveva opposto resistenza dentro il porto di Lampedusa, l'illecito *ex art. 1100 c. nav.* andava accantonato.

Peccato però che l'inciso della Consulta estrapolato (“*quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare*”) e dotato di un senso univoco (anteponendo l'avverbio «solo») dal GIP di Agrigento, una volta ricollocato nella ‘sede originaria’, si presta ad (almeno) una lettura alternativa, peraltro maggiormente coerente con la logica che attraversa la sentenza costituzionale<sup>34</sup>.

Qui, dopo aver ricordato che le unità navali della GdF sono iscritte nei ruoli del naviglio militare dello Stato, sono assimilate ai vascelli della Marina militare, e *battono bandiera da guerra*, la Consulta, nell'aggiungere che quelle unità, quando operano fuori dalle acque territoriali, «esercitano le funzioni di polizia proprie delle “navi da guerra” (art. 200 del codice della navigazione) e nei loro confronti sono applicabili gli artt. 1099 e 1100 del codice della navigazione [...] richiamati dagli artt. 5 e 6 della legge 13 dicembre 1956, n. 1409», sembra infatti voler semplicemente ribadire – anziché escludere – che le navi militari in dotazione alla GdF sono *anche* ‘navi da guerra’<sup>35</sup>: giacché, appunto, esercitano *anche* in alto mare i poteri di polizia marittima sui mercantili italiani che l'art. 200 c. nav. assegna, *sia dentro che fuori il mare territoriale*, alle ‘navi di guerra’<sup>36</sup>.

D'altronde, anche senza considerare che, per la Cassazione penale, è pacifico che le vedette GdF operanti *nel mare interno* vadano inquadrare fra le ‘navi da guerra’<sup>37</sup>; ed anche volendo trascurare che le predette unità di mare esibiscono tutti i requisiti estrinseci delle ‘navi da guerra’ richiesti dalla disposizione defini-

<sup>34</sup> Ove la Consulta ribadisce con forza il carattere militare della GdF, «talmente compenetrato nella struttura, nell'organizzazione, nello status del personale, nelle funzioni e nelle modalità di esercizio dei compiti istituzionali del Corpo» da non poter essere neutralizzato dallo strumento referendario: Corte cost., sent. n. 35 del 7.2.2000, in *www.giurcost.org*, § 4.

<sup>35</sup> M. ANGELONI, A. SENESE, *Profili applicativi dei principali istituti del nuovo diritto del mare*, Bari, 2011, 111. La Consulta, dunque, pare andare oltre la regola *ex art. 2, co. 3, d.lgs. 68/2001*, che, nello stabilire i compiti della GdF in mare, sembra escludere («fatto salvo quanto previsto dall'articolo [...] 200 [...] del codice della navigazione») che il Corpo disimpegni anche le funzioni di polizia marittima delle ‘navi di guerra’: così F. CAFFIO, *Glossario di diritto del mare*<sup>4</sup>, 2016, in *www.marina.difesa.it*, 91.

<sup>36</sup> Art. 200. *Polizia esercitata dalle navi da guerra* – 1. In alto mare, nel mare territoriale, e nei porti esteri dove non sia un'autorità consolare, la polizia sulle navi mercantili nazionali è esercitata dalle navi da guerra italiane [...].

<sup>37</sup> Cass., III, 14.6.2006, n. 31403, cit., § 3, concernente una condotta di resistenza realizzata all'imbocco del porto di Chioggia; in senso conforme, fra le più recenti, v. Cass., III, 18.3.2003, n. 21267, in *www.iusexplorer.it*; Cass., I, 21.9.2011, n. 44014, *ivi*; Cass., III, 6.11.2014, n. 49211, *ivi*; Cass., I, 11.2.2015, n. 8563, *ivi*.

toria *ex art. 29 UNCLOS*<sup>38</sup>; al di là di questioni attinenti all'inquadramento formale delle motonavi della GdF, dicevamo, nessuno ha mai dubitato che ad esse *si estenda* la tutela punitivo-penale *ex artt. 1099, 1100 c. nav.*<sup>39</sup>.

Anzi, simile estensione è espressamente prevista dalle disposizioni legislative richiamate dalla Consulta *subito dopo* il passaggio estrapolato dal GIP: la «legge 13 dicembre 1956, n. 1409», infatti, stabilisce l'applicazione delle pene previste dagli artt. 1099, 1100 c. nav. nelle ipotesi di disobbedienza o resistenza contro «una unità di naviglio della Guardia di Finanza», e ciò quand'anche la condotta illecita venga realizzata *all'interno* della zona di vigilanza doganale marittima<sup>40</sup> – che, come noto, *include* il mare territoriale.

Sul punto, insomma, è improbabile che l'ordinanza superi lo scrutinio della S.C.<sup>41</sup>; vero è, piuttosto, che il colpo messo a segno dalla Procura non inciderebbe sul risultato: nella misura in cui la Cassazione dovesse ritenere ricorrere il dovere scriminante ipotizzato dal GIP siciliano, e dovesse ritenere che le modalità di adempimento-esecuzione di quel dovere resistano ai test di proporzionalità (*infra* § 6).

#### 4. Doveri di soccorso e diritto internazionale del mare

Il percorso ermeneutico del GIP, al netto di qualche salto logico e della disorientante girandola dei richiami, è limpidamente tracciabile: il diritto internazionale marittimo impone agli Stati ed ai comandanti di vascello di soccorrere chiunque si trovi in pericolo di vita in mare, e il concetto di 'soccorso' includerebbe pure il ricovero (*delivery*) dei trasportati nel più vicino 'luogo sicuro'<sup>42</sup>; e perciò sulla capitana, come su qualsiasi altro comandante che versi in situazioni analoghe, gravava il dovere *sostanzialmente incondizionato* di sbarcare sul suolo domestico i malcapitati, con effetto liceizzante di tutti i reati realizzati dal *pick up* fino alla conclusione delle manovre di ormeggio<sup>43</sup>, mentre lo Stato italiano, in tan-

<sup>38</sup> Quanto meno nella sua versione inglese: sul punto, v. per tutti A. DE GUTTRY, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace*, Milano, 1994, 11 ss.

<sup>39</sup> F. CAFFIO, *Glossario*, cit., 88 ss., il quale, pur dubitando dell'inquadramento delle vedette della GdF nella categoria delle 'navi da guerra', sottolinea come sia «incontestabile» che la tutela *ex art. 1100 c. nav.* si estenda a tutte le navi «in servizio di polizia».

<sup>40</sup> Cfr. artt. 1, 4 e 7 l. 1409/56.

<sup>41</sup> La Procura agrigentina, all'ultimo momento utile (il 17 luglio 2019), ha infatti proposto ricorso in Cassazione: v. più diffusamente *infra* § 5.

<sup>42</sup> Inteso peraltro in senso lato: *retro* § 2.

<sup>43</sup> Inclusi, ovviamente, quelli di favoreggiamento *ex art. 12 T.U. Imm.*: in questo senso, già Trib. Agrigento, sent. 7.10.2009, in *DIC.* 2/2010, 87 ss.; GIP Ragusa, decr. 16.4.2018, in *www.questionegiustizia.it*, 19.4.2018.



to in quanto più vicino *place of safety*, era tenuto a sollevare dal fardello assistenziale il comandante-soccorritore, *aprendo incondizionatamente i propri porti* e consentendo l'accesso sulla terraferma delle persone recuperate in mare.

Ebbene, nonostante i diversi e autorevoli plausi al collage normativo proposto dal GIP<sup>44</sup>, esistono altrettante – e altrettanto autorevoli – letture esegetiche che problematizzano la questione, generando il ragionevole dubbio che la partita sia molto più aperta di quanto prefigurano alcuni addetti al settore<sup>45</sup>.

Anzitutto, perché le Convenzioni UNCLOS e SAR vincolano direttamente gli Stati, e non anche – se non in via mediata e riflessa – i capitani di navi private<sup>46</sup>. Intendiamoci: nessuno dubita che una regola consuetudinaria obblighi i comandanti a soccorrere chi rischia di perdere la vita in mare, internazionale o territoriale poco importa<sup>47</sup>; il punto, ci pare, è però che la disciplina pattizia delle attività che precedono e succedono il soccorso di necessità del capitano (obblighi di ricerca; di compartecipazione, coordinamento e condivisione delle/nelle operazioni di salvataggio e sbarco; di identificazione-assegnazione del POS, etc.), come pure le definizioni di 'salvataggio'<sup>48</sup>, 'posto sicuro'<sup>49</sup> e 'passaggio inoffensivo'<sup>50</sup>, sono previste da atti normativi che si rivolgono a Stati.

<sup>44</sup> V. ad es. il comunicato sottoscritto da 21 internazionalisti *Nei porti ciascuno Stato eserciti la propria sovranità, ma nel rispetto del diritto internazionale*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 4.7.2019.

<sup>45</sup> Come I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 26.6.2019, che considera la ricostruzione del GIP agrigentino sostanzialmente scontata e perfettamente coerente col diritto internazionale del mare; sulla stessa linea F. DE VITTOR, *Sea Watch 3: la lezione di diritto di Carola*, in [www.cattolicanews.it](http://www.cattolicanews.it), 16.7.2019.

<sup>46</sup> Il discorso, come noto, si riannoda alla più generale e ancora oggi irrisolta questione dei possibili destinatari delle norme di diritto internazionale: tornano sul tema, calibrandolo proprio sul nostro caso, P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 14.7.2019. Lo stesso art. 98 Conv. UNCLOS («[o]gni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera [...] a) presti soccorso [...]») – ma identico discorso è riproponibile per la Conv. SAR – genera (pseudo-)obblighi di secondo grado a carico dei comandanti, costruendo una sorta di partenariato pubblico-privato nella gestione dei soccorsi in mare: così, puntualmente, M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 15 ss., 37 ss.

<sup>47</sup> D'altronde, un obbligo di soccorso – formalmente – diretto al comandante è previsto anche dalla regola V/33, par. 1, Conv. SOLAS, secondo cui «[t]he master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization, to inform the appropriate search and rescue service accordingly» [corsivi aggiunti].

<sup>48</sup> Conv. SAR, par. 1.3.1.

<sup>49</sup> Linee guida MSC del 20.4.2004, parr. 6.12 e ss.

Stucchevole gius-legalismo? Eccesso formalistico?

Potrà essere così nella prospettiva della scienza giuridica internazionalistica: ma, nel *matrix* penalistico, doveri scriminanti impliciti, per di più gravanti su pubblici ufficiali ‘a intermittenza’, sono percepiti come anomalie del sistema<sup>51</sup>.

In secondo luogo, e anzi soprattutto, parrebbe *non esistere* un vero obbligo internazionale (dello Stato costiero interessato) di accogliere sul proprio suolo i naufraghi<sup>52</sup>; e perciò – replicando il gioco di specchi proposto dalla Dott.ssa Vella – *neppure* un vero obbligo di sbarcarli (gravante sul comandante) su quel suolo<sup>53</sup>.

Insomma: nel diritto internazionale del mare esistono regole vincolanti che assegnano allo Stato competente per la zona SAR la ‘responsabilità primaria’ delle operazioni di sbarco; esistono regole vincolanti che impongono agli Stati interessati dall’evento, inclusi quelli costieri, di cooperare con lo Stato competente, condividendone quindi la ‘responsabilità’<sup>54</sup>; ed esiste una regola non vincolante

<sup>50</sup> Artt. 18, 19 Conv. UNCLOS, i quali attribuiscono alle unità navali (e non proprio ai capitani delle stesse) un diritto (e non un dovere) di passaggio inoffensivo, delineandone i contenuti e le possibili limitazioni: v. anche *retro*, nt. 10.

<sup>51</sup> Al netto della puntiforme ed eccezionale operatività di scriminanti non codificate o incomplete (per una recente e originale rilettura dell’intera categoria, attenta anche agli aspetti accertativi, F. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfactuali*, Torino, 2019, in corso di pubblicazione), è noto come, nei casi regolari, la giurisprudenza esiga che la norma impositiva del dovere scriminante ex art. 51 c.p. sia precisa e stringente (v. ad es. Cass., IV, 17.10.2017, n. 52542, in *www.iusexplorer.it*, §§ 5.2 ss.), e si rivolga a un pubblico agente (*ex multis* Cass., III, 13.10.2016, n. 50760, *ivi*; Cass., III, 24.5.2018, n. 18263, *ivi*, § 2). Al contempo, è altrettanto noto come sia assai controversa la qualifica di pubblico ufficiale (o i.p.s.) del comandante di nave, giacché egli, in moltissimi casi, non disimpegna pubbliche funzioni: Cass., VI, 5.6.2006, n. 27599, in *www.iusexplorer.it*; M. COTTONE, sub artt. 169-202, in S. BEVILACQUA, C. MONTEBELLO (cur.), *Codice della Navigazione esplicito*, in *www.giureta.unipa.it*; E. ROMAGNOLI, *I delitti della navigazione: cenni introduttivi al diritto penale marittimo*, in *Trasporti. Diritto, economia, politica*, 108/2009, 8 ss.

<sup>52</sup> Neppure nel diritto internazionale consuetudinario, considerata la prassi dei ‘porti chiusi’ adottata, nel corso degli anni, da molti Stati: così, limpidamente, A. PROELSS (cur.), *United Nations convention on the law of sea. A commentary*, München-Oxford, 2017, 192, 728 ss., ove si precisa che il diritto di entrare in porto vantato dalle unità navali in *distress* – inteso, si badi, come «well-grounded apprehension of the loss of the vessel and cargo of the lives of the crew» – non genera («does not encompass») uno speculare *dovere* dello Stato costiero di autorizzare lo sbarco; conf. il parere del 4.7.2017 del gruppo di studio ‘Progetto Lampedusa’ dal titolo “Place of safety”. *Mancata ratifica degli emendamenti alle Convenzioni marittime S.A.R. e S.O.L.A.S. da parte dello Stato di Malta*, in *www.consiglionazionaleforense.it*, 4.

<sup>53</sup> Un’obbligazione di risultato, ossia un puntuale obbligo di accoglienza gravante sullo Stato costiero – e un corrispondente diritto allo sbarco della nave e/o dei naufraghi – in effetti, non è ricavabile né dalle Convenzioni SAR e SOLAS, né dai relativi emendamenti apportati nel 2004, né dalle *guidelines* del MSC adottate nel medesimo anno, né dai *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea* contenuti nella circolare del 22.1.2009 del *Facilitation Committee* dell’IMO: in questo senso, già P. DE SENA, F. VITTOR, *La “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *www.sidiblog.org*, 1.7.2017.

<sup>54</sup> ‘Obbligatorietà’ della cooperazione che, peraltro, non connota la regola ex art. 98, par. 2, Conv. UNCLOS: A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 726.

che prescrive allo stesso Stato competente d'individuare-assegnare un 'posto sicuro'<sup>55</sup>.

Ma, appunto, non è rintracciabile alcuna norma che obbliga uno o più Stati interessati a consentire lo sbarco sulla terraferma delle persone tratte in salvo<sup>56</sup>.

Tutto ciò, senza considerare che lo pseudo-dovere (perché, in realtà, si tratta di un 'diritto' delle unità navali di ogni bandiera) di passaggio *ex artt.* 17, 18 UNCLOS al centro dell'ordinanza del GIP, oltre a essere limitabile *anche* là dove sia 'inoffensivo'<sup>57</sup>, non sembra calzare perfettamente sul caso nostro<sup>58</sup>; e che la stessa 'legge molle' MCS, quando delinea la nozione di 'place of safety', sembra agganciarla al pericolo per la vita e alla necessità di garantire cure mediche e bisogni primari<sup>59</sup>.

Breve: dal *puro* diritto internazionale del mare non parrebbe ricavabile un diritto-dovere del comandante di penetrare le ostruzioni portuali, eccetto le ipotesi di *distress* in senso stretto<sup>60</sup> – il che, va da sé, riverbera sulla nozione di 'posto si-

<sup>55</sup> Linee-guida MSC del 20.4.2004, par. 2.5.

<sup>56</sup> F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo*, cit., 68 ss.

<sup>57</sup> Art. 25, par. 3, Conv. UNCLOS: lo ammette anche I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza*, cit., ancorché si affretti a precisare che l'eventuale sospensione del diritto, nel caso delle navi ONG che prestano soccorso, sarebbe abusiva *ex art.* 300 Conv. UNCLOS e financo illecita, in tanto in quanto trasgressiva dei diritti umani dei migranti-naufraghi; sulla possibile violazione del citato art. 300 nelle ipotesi di chiusure portuali «patently unreasonable or discriminatory», già R. R. CHURCHILL, A.V. LOWE, *The law of the sea*<sup>3</sup>, Manchester, 1999, 63.

<sup>58</sup> Così N. RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, in *www.affarinternazionali.it*, 11.7.2019, il quale rammenta altresì che l'art. 25, par. 2, Conv. UNCLOS consente allo Stato costiero di adottare le misure necessarie per prevenire la violazione delle condizioni stabilite per l'accesso alle acque interne.

<sup>59</sup> Tanto che un 'place of safety' (inteso come un 'luogo' in cui la sicurezza della vita dei naufraghi non sia più in pericolo; siano assicurate le necessità primarie come cibo, alloggio e cure mediche; e possa essere organizzato il trasferimento dei naufraghi verso una destinazione finale: par. 6.12) può essere considerato – seppur temporaneamente – anche il vascello soccorritore, sempre che sia dotato di «appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors» (par. 6.13); e può essere indifferentemente localizzato sulla terraferma («on land»), oppure «aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination» (par. 6.14).

<sup>60</sup> Intese come quelle situazioni in cui un 'navigante esperto' abbia la «well-grounded apprehension of the crew losing their lives», a cui possiamo tutto sommato aggiungere i casi in cui l'imbarcazione sia «overloaded with passengers», oppure non sia provvista di «sufficient supplies to reach shore» o di personale esperto nell'arte della navigazione o di equipaggiamenti di comunicazione; o, ancora, le ipotesi in cui siano apprezzabili proibitive condizioni di navigazione, oppure qualcuno dei passeggeri sia deceduto, necessità di cure mediche o sia in condizioni di particolare vulnerabilità (es. donne in stato di gravidanza, bambini): così A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 185, 728; sulle condizioni di *distress* in senso stretto come presupposto dell'obbligo di soccorso in mare, v. pure S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 134 ss., 137 ss.

curo', imponendone una declinazione restrittiva<sup>61</sup>; e, comunque, non esiste una regola che obbliga uno degli Stati costieri ad *autorizzare lo sbarco* dei vascelli in difficoltà o delle persone tratte in salvo<sup>62</sup>.

La politica governativa dei 'porti chiusi', insomma, sembra essere coerente col diritto internazionale del mare, scritto e consuetudinario<sup>63</sup>.

Il che, in un'ottica penalistica, significherebbe che la capitana non vantava alcun dovere scriminante *ex art. 51 c.p.* di accedere senza autorizzazione ai porti dello Stato italiano, tanto meno a costo di mettere a rischio l'incolumità dei Finanziari<sup>64</sup>: giacché, se il gommone intercettato a 47 miglia marine dalla Libia era senz'altro 'in difficoltà' e traghettava persone 'in pericolo', di certo la nave ONG, il suo equipaggio ed i suoi ospiti non versavano nelle medesime condizioni durante il lungo stazionamento nella 'zona contigua' e nel mare interno italiani (*retro § 1*)<sup>65</sup>.

##### 5. Diritti dei migranti e diritto sovranazionale dei diritti umani

Se, invece di spingere sui doveri (degli Stati, del comandante) e sui diritti (dei naufraghi) previsti dalla legge del mare<sup>66</sup>, il GIP avesse prediletto un approccio

<sup>61</sup> Un posto, cioè, in cui vita dei naufraghi non sia più in pericolo, e dove possano esserne soddisfatti i bisogni primari: *retro*, nt. 59.

<sup>62</sup> A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 729. D'altronde, tutti sanno che, se esiste uno (pseudo-)diritto basico di emigrare, non esiste però un diritto di essere accolti in un territorio straniero: cfr. S. TREVISANUT, voce *Immigrazione [dir. int]*, in *www.treccani.it*, § 2.2.

<sup>63</sup> Così N. RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, cit., il quale precisa come il diritto dello Stato di chiudere i porti debba «essere contemperato con «elementari considerazioni di umanità», per dirla con la giurisprudenza della CIG, o con più esplicite cause di esclusione del fatto illecito come lo stato di necessità, la forza maggiore o l'estremo pericolo».

<sup>64</sup> In questo senso, sostanzialmente, L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare*, cit., 234, il quale circoscrive il dovere di soccorso previsto dal diritto (anche) internazionale del mare, a sua volta integrante la scriminante *ex art. 51 c.p.*, ai casi di 'rischi relativi alla navigazione e alla possibilità di naufragio', proponendo però – in adesione a GIP Ragusa, decr. 16.4.2018, cit., 13 ss. – una lettura estensiva del pericolo *ex art. 54 c.p.*, e una corrispondente declinazione del concetto di 'place of safety'. Sul punto, v. anche *infra § 5*. Del resto, anche il dovere di soccorso in mare penalmente sanzionato *ex artt. 490, 1158 c.nav.* presuppone una situazione di *distress* in senso stretto: che, cioè, la nave sia «del tutto incapac[e]» di manovrare, e/o che le persone che si trovano in mare o nelle acque interne siano «in pericolo di perdersi».

<sup>65</sup> Come già anticipato, infatti, proprio per neutralizzare quel pericolo, le Autorità italiane avevano disposto l'accertamento delle condizioni medico-sanitarie a bordo, evacuando sulla terraferma dieci migranti bisognosi di cure mediche, un minore e due accompagnatori: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 6 ss.

<sup>66</sup> Parla di un «diritto [dei migranti-naufraghi] universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma», ad es., Trib. Agrigento, sent. 7.10.2009, cit., 87 ss.; v. anche GIP Trapani, sent. 23.5.2019, cit., 45, ove si afferma che i migranti soccorsi in mare vantano «un vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un POS, diritto speculare all'obbligo degli Stati firmatari delle Convenzio-

sbilanciato sui diritti basici dei trasportati, anch'essi tutelati da discipline di rango sub-costituzionale, forse l'impianto motivazionale ne sarebbe uscito un poco irrobustito.

D'altronde, la dottrina internazionalistica – e non solo la dottrina – tende oramai sistematicamente a rileggere il diritto marittimo alla luce delle Carte sovranazionali dei diritti umani, a cominciare dalla Convenzione di Ginevra col suo principio di non-respingimento<sup>67</sup>, a sua volta esteso al di là di rifugiati e richiedenti asilo grazie alla sinergia con gli artt. 2 e 3 della Convenzione EDU<sup>68</sup>.

*Probabilmente* rafforzato, dicevamo sopra: perché, pur privilegiando questo taglio prospettico, esiste un ventaglio di seri contro-argomenti spendibili in un processo penale.

Ed invero, anche volendo ammettere – col giudice ragusano del 'caso Open Arms' – che il pericolo di un danno grave alla persona *ex art.* 54 c.p. non includa solo il rischio di perdere la vita in mare<sup>69</sup>, ma pure la plausibile e imminente minaccia di lesione della dignità umana e degli altri diritti fondamentali che i migranti avrebbero patito al ritorno in Libia o in altri *places* insensibili a istanze umanistiche sovranazionali<sup>70</sup>; ed anche volendo conseguentemente aggiungere – col giudice trapanese del 'caso Vos Thalassa' – che per 'posto sicuro' debba necessariamente intendersi il territorio di uno Stato<sup>71</sup> che riconosce e garantisce le libertà e i principi

ni»; in questo senso, con un funambolico incastro concettuale, anche L. MASERA, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *www.giustiziansieme.it*, 6.7.2019, § 4, secondo cui «il diritto internazionale del mare attribuiva ai naufraghi-migranti il diritto a sbarcare sulle nostre coste, ed alla capitana Rackete che ha agito al fine di consentire l'esercizio di tale diritto non può essere rimproverato di essere stata costretta ad opporsi alla pubblica autorità che cercava di impedirle l'adempimento al proprio dovere».

<sup>67</sup> Art. 33, par. 1, a mente del quale «[n]essuno 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».

<sup>68</sup> Così S. TREVISANUT, voce *Immigrazione [dir. int]*, cit., § 2.3. Al riguardo, v. ad es. le posizioni di N. RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, cit., da un lato, e I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, cit., dall'altro lato, che, pur pervenendo a soluzioni essenzialmente antitetiche sul caso Sea Watch 3 e, più in generale, sulla *policy* dei 'porti chiusi' alla luce del diritto internazionale marittimo, convergono sulla necessità di tale 'lettura sinergica'.

<sup>69</sup> Così invece GIP Trapani, decr. 2.8.2017, in *www.questionegiustizia.it.*, 18.9.2017, 143 ss.; GIP Catania, decr. 27.3.2018, *ivi*, 31.3.2018, 14 ss.

<sup>70</sup> GIP Ragusa, decr. 16.4.2018, cit., 13-15. D'altronde, la giurisprudenza domestica non è nuova a interpretazioni estensive della nozione di "danno alla persona", che includerebbe pure l'onore, il pudore, il decoro, il diritto all'abitazione, etc.: Cass., III, 7.10.1981, n. 10772, in *CED* 151194; Cass., II, 19.3.2003, n. 24290, *ivi*, 225447; Cass., II, 17.1.2008, n. 7183, *ivi*, 239447.

<sup>71</sup> Anche nel ricorso per Cassazione proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento avverso l'ordinanza in commento, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 23.7.2019, 8

previsti dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU<sup>72</sup>, resterebbe il nodo della *attualità* del pericolo, prima ancora che quello della sua *inevitabilità-involontarietà*.

Man mano che la Sea Wacht 3 si allontanava dalle coste libiche, in effetti, il rischio di essere (ri-)sottoposti a detenzioni arbitrarie, violenze sessuali, lavori forzati, torture, trattamenti degradanti e altre gravi violazioni dei diritti fondamentali<sup>73</sup> si faceva sempre più rarefatto e ipotetico, fino a *scompare del tutto* una volta che la capitana entrava nel mare nostro: vuoi perché riconosciamo l'accesso alle misure di protezione internazionale; vuoi perché prendiamo molto sul serio il diritto europeo dei diritti umani<sup>74</sup>; vuoi perché nessuno ha mai ventilato la possibilità di un *push-back* dei malcapitati in un 'posto insicuro'<sup>75</sup>.

Ma, francamente, avremmo qualche – impopolare – perplessità pure sulla ricorrenza del presupposto della *inevitabilità* del pericolo di lesione (della vita e dell'integrità psico-fisica dei migranti, dell'incolumità dell'equipaggio: *retro*, § 1): giacché si tratta di minacce tutto sommato ricollegabili alla scelta di gironzolare per due intere settimane a ridosso del mare territoriale italiano, invece di provare a cercar riparo e 'sicurezza dei diritti' altrove. Quello della capitana Rackete, insomma, rassomiglia a un attendismo (deliberato) che ha (colposamente) innescato un pericolo pluridirezionale<sup>76</sup>: pericolo che, peraltro, le Autorità nazionali hanno *dis-innescato* e *de-attualizzato* nei limiti del possibile.

Certo, invece che sulla minaccia per la sicurezza dei diritti dei migranti (art. 54 c.p.), si sarebbe potuto provare a valorizzare le prestazioni scriminanti (art. 51 c.p.) degli stessi diritti dei migranti-rifugiati-richiedenti asilo protetti dalla Convenzione di Ginevra, dall'art. 10, co. 3, Cost. e, soprattutto, dalla CEDU<sup>77</sup>.

Ma, pure qui, non senza spericolati giochi di prestigio.

ss., si censura – correttamente – l'equiparazione fra 'posto sicuro' e 'porto sicuro' praticata dal GIP siciliano, non trovando tale omologazione riscontro nelle fonti internazionali.

<sup>72</sup> Così, pressoché testualmente, GIP Trapani, sent. 23.5.2019, cit., 27.

<sup>73</sup> Questo è ciò che attende migranti e rifugiati intercettati in mare una volta sbarcati in Libia: v. le già menzionate raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del maggio 2019, 28.

<sup>74</sup> Attribuendo a quei patti, come pure alla loro interpretazione, il rango e la 'forza di resistenza' delle leggi sub- e para-costituzionali: sul punto, volendo, V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, 286 ss., ivi per i necessari richiami.

<sup>75</sup> Ché anzi, la stessa capitana era a conoscenza di trattative internazionali in corso finalizzate ad individuare un luogo di sbarco: lo segnala anche il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura agrigentina, cit., 10 ss.

<sup>76</sup> Sul presupposto scriminante della inevitabilità-involontarietà del pericolo *ex art. 54 c.p.*, che non è apprezzabile qualora l'agente si sia deliberatamente «posto in una situazione di pericolo di grave danno personale per sé e per altri in dipendenza di un proprio comportamento colposo», già Cass., II, 10.10.1975, n. 1101, in *GPen*, II, 1977, 37; Cass., IV, 5.5.1988, n. 9213, in *CED* 179155.

<sup>77</sup> Riteniamo viceversa fuori centro il riferimento all'art. 10-*ter* T.U. Imm. (GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 4 ss.), trattandosi di norma limpidamente procedimentale, che, in quanto tale, è incapace di generare "diritti" o "doveri" in capo a chicchessia.

Non tanto perché si tratta di diritti – ma lo stesso vale per gli obblighi di pronto soccorso in mare<sup>78</sup> – previsti da normative sì sovraordinate rispetto al novello art. 11, co. 1-ter T.U. Imm.<sup>79</sup>, ma non auto-applicative<sup>80</sup>: per rendere ‘direttamente azionabili’ diritti e doveri di matrice internazionale, in effetti, basta dissolverli dentro la scriminante aperta ex art. 51 c.p.<sup>81</sup>.

Quanto perché si tratta di diritti individuali *enforced* da un soggetto (la capitana, appunto) *diverso* dai rispettivi titolari<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Come pure per i doveri *positivi* di protezione dei diritti CEDU (cd. duties to take action) di cui la Corte EDU grava le Autorità statuali: F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*<sup>8</sup>, Paris, 2006, 237 ss.; per una valorizzazione di tali *positive obligations* proprio in relazione ai soccorsi dei migranti in mare, cfr. S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive overview*, in *QIL*, 2004, 3 ss.

<sup>79</sup> Ed al divieto interministeriale che ne condivide rango e forza di resistenza: così, *mutatis mutandis*, Cass., IV, 17.10.2017, n. 52542, cit., § 5.3, secondo cui un provvedimento puntuale (in quel caso: una prescrizione del giudice), qualora costituisca espressione di poteri-doveri previsti dalla legge, ne mutua il rango nella gerarchia delle fonti. Un approccio identico, del resto, è costantemente praticato in punto di ‘violazione di legge’ ex art. 323 c.p.: per queste fenomenologie ermeneutiche, sia consentito richiamare V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, in *AP*, 2018, 263 ss. Anche il GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 12, d'altronde, sembra far propria tale lettura, là dove ipotizza *direttamente* la violazione dell'art. 11, comma 1-ter T.U. Imm. in conseguenza della violazione del divieto ministeriale di sbarco.

<sup>80</sup> Oltre che (quasi) sempre afflitte da importati tassi di vaghezza: v. per tutti R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986, 99 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 2004, 329 ss.; neppure nel suo periodo maggiormente euro-entusiasta, in effetti, la Consulta è mai giunta al punto di riconoscere il carattere *self-executing* del diritto internazionale pattizio: V. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controllimiti*, in S.A. SONELLI (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Torino, 2015, 253 ss. Lo stesso, *bongré malgré*, vale per il diritto costituzionale di asilo: ne dà atto M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *QG*, 2/2018, 14 ss., il quale segnala come la giurisprudenza consolidata consideri il diritto di asilo integralmente attuato con le (tre) misure di protezione internazionale previste nel nostro ordinamento (rifugio politico, protezione sussidiaria e protezione umanitaria – quest'ultima, peraltro, sostanzialmente eliminata l'anno scorso), sicché non sarebbe (più) apprezzabile alcun margine di residuale diretta applicazione dell'art. 10, co. 3, Cost. Portato alle sue naturali conseguenze, dunque, il *ragionamento per fonti* che si concede il Giudice (GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11, secondo cui, «in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamata, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano [...], oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali [...] o il provvedimento [...] del Ministro degli Interni [...] che faceva divieto di ingresso, transito e sosta della nave») avrebbe dovuto generare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, co. 1-ter T.U. Imm.: sost. conf. L. CARLASSARE in un'intervista rilasciata a F. Olivo dal titolo “*Chiudendo i porti si viola la Costituzione. Carola? Ha fatto bene a disobbedire a una legge ingiusta*”, in *www.buffingtonpost.it*, 6.7.2019; spunti in tal senso anche nel citato ricorso per Cassazione proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, 15.

<sup>81</sup> Che, del resto, si ritiene da sempre in grado d'inghiottire e dotare di efficacia liceizzante anche regole sub-primarie e provvedimenti individuali e concreti: I. CARACCIOLI, voce *Esercizio del diritto* (*dir. pen.*), in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2289 ss.

<sup>82</sup> In questo senso, ma ritenendo simile ‘supplenza’ praticabile, L. MASERA, *Il caso della capitana*, cit., § 4. La nostra impressione, viceversa, è che la nozione di diritto scriminante, inteso – pur

Il tutto, senza contare che, alla luce delle contingenze concrete, era quanto meno dubbio fosse davvero necessario esercitare ‘in via surrogata’ quei diritti<sup>83</sup>: proprio perché, come dicevamo poc’anzi, la nave ONG era oramai collocata in un posto-territorio ‘sicuro’ in tutti i sensi pensabili<sup>84</sup>.

A chi pretendesse di rintracciare un *fumus* di detenzione arbitraria ex art. 5 Conv. EDU nella permanenza dei migranti a bordo della Sea Watch 3<sup>85</sup>, infine, è agevole replicare come un pericolo incombente su questo come sugli altri diritti convenzionali fosse stato inequivocabilmente escluso...proprio dalla Corte EDU<sup>86</sup>.

## 6. Oltre le tifoserie: diritti-doveri incerti e test dinamico di proporzionalità

Vincendo l'imbarazzo – e con la consapevolezza – del *beginner*, s'è provato a setacciare il diritto internazionale del mare, alla ricerca di una regola che imponga ai comandanti di navi di ogni bandiera di sbarcare naufraghi (già) tratti in salvo sul suolo del più vicino ‘Stato sicuro’; e di una speculare regola che obblighi quest'ultimo a consentire quello sbarco.

latamente – come «un potere di agire per la realizzazione (anche) di un [...] interesse» (M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* (Art. 1-84, I, Milano, 2004, 542), ne presupponga l'esercizio dal parte del (solo) titolare; il ‘diretto e immediato’ cimento del titolare della situazione giuridica attiva, insomma, ci sembra costituire una *precondizione logica* dell'esimente: in questo senso, ancorché sottotraccia, Cass., V, 22.11.1989, n. 1983, in *Cass. pen.*, 1991, 1050.

<sup>83</sup> Come noto, la giurisprudenza tende ad affermare che la giustificante ex art. 51 c.p. ricorre solo là dove la realizzazione dell'offesa tipica sia stata imposta dalla necessità – da valutare alla luce delle circostanze concrete – di esercitare un diritto e/o di adempiere un dovere: così già Cass., VI, 13.4.1976, n. 9784, in *GPen*, II, 1977, 9; di recente Cass., VI, 3.10.2014, n. 41192, in *www.tusexplorer.it*, §§ 4.2 ss. Sul punto, v. anche *infra* § 6.

<sup>84</sup> Allo stato, peraltro, appare del tutto indimostrata pure qualsiasi tensione con quel ‘diritto a un esame della situazione individuale’ che la Corte EDU identifica *à côté* del divieto di espulsioni collettive ex art. 4, Prot. 4, CEDU; ché anzi, le attività di controllo e di identificazione poste in essere a più riprese dalla GdF (GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 7), come pure il fatto che lo Stato del POS non debba necessariamente essere lo Stato tenuto a valutare le domande di protezione internazionale (GIP Trapani, 23.5.2019, cit., § 2), depongono in senso opposto.

<sup>85</sup> V. ad es. le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa di maggio 2019, cit., 31.

<sup>86</sup> Discutibili letture ipertestuali a parte (come quella di S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *Dir. pen. cont.*, 26.6.2019), questo pare essere il solo senso della decisione della Corte EDU: che, adita dalla capitana e dai naufraghi, ha ritenuto di *non* imporre allo Stato italiano di autorizzare lo sbarco, confidando che le medesime Autorità statuali *avrebbero continuato* – come era stato fino a quel momento – «to provide all necessary assistance to those persons on board Sea Watch 3 who are in a situation of vulnerability as a result of their age or state of health».



E tale escursione ha restituito un quadro nient'affatto cristallino<sup>87</sup>: quale che sia l'estensione del concetto di 'safe'<sup>88</sup>, infatti, la legge marittima non sembra andar oltre il dovere del comandante di soccorrere chi rischia di perdere la vita in mare, ed il diritto dei vascelli di penetrare le ostruzioni portuali in caso di *distress*.

Di un dovere di capitani e Stati di – rispettivamente – ricoverare e accogliere sulla terraferma i trasportati, men che mai al di fuori dei casi di stretta necessità, non c'è invece traccia nitida (*retro* § 4).

Più proficuo, viceversa, parrebbe essere il punto di vista dei diritti convenzionali dei migranti: ma anche in questo scenario, che pur consentirebbe di contaminare-dilatare la nozione di 'place of safety' prevista dalla legge marittima, servirebbero compromessi tecnici e normologici di dubbia praticabilità (*retro*, § 5).

Già in astratto, insomma, la scriminante *ex art.* 51 c.p. fatica ad essere messa in campo; se poi ci si cala nella concreta dinamica dei fatti, le perplessità aumentano esponenzialmente.

Siamo infatti fermamente convinti che *tutte* le scriminanti, anche quelle più povere di fatto<sup>89</sup>, tollerino registri applicativi differenziati in ragione delle variabili, storico-concrete e assiologiche, che connotano il contesto su cui insistono; *nessuna esimente*, insomma, cristallizza preconfezionate e anelastiche regole di prevalenza del valore (incarnato dalla norma di favore) sul disvalore (espresso dal fatto tipico)<sup>90</sup>.

Se un diritto (dei migranti) o un dovere (del capitano) di sbarcare i naufraghi nel più vicino 'suolo safe' esistesse davvero sulla carta, dunque, esso doveva (e dovrà) essere calibrato sull'irripetibile vicenda storica: tenendo conto delle *concrete* modalità di esercizio/adempimento prescelte dalla capitana, e del peso specifico dei (contro-)interessi messi *concretamente* in gioco<sup>91</sup>.

Di tale legame esistenziale fra esimenti e fatto materiale, d'altronde, è sempre stata consapevole la migliore dottrina e la stessa giurisprudenza: che circonda di-

<sup>87</sup> Lo ammettono anche L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata e Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *www.sidiblog.org*, 6.7.2019, i quali considerano la scelta della capitana un 'coraggioso atto politico' in una situazione d'incertezza giuridica.

<sup>88</sup> Giustamente considerato orfano di una definizione appagante da A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 729.

<sup>89</sup> Tali non sono, ad es., quelle *ex artt.* 52, 54 c.p., giacché contemplano elementi descrittivo-sostanziali (es. 'necessità') che implicano *natura sui* ragionamenti di tipo assiologico: G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, *Parte general del derecho penal*, Cizur Menor, 2005, 264 ss., 456 ss.

<sup>90</sup> Parz. diff. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, 21 ss., il quale evidenzia come, in taluni casi di esercizio del diritto, il bilanciamento sia impermeabile alla mutevolezza della realtà e possa fare a meno di criteri sostanziali legati al caso concreto, giacché l'ordinamento disegnerebbe preventivamente, e una volta per tutte, la 'situazione' che determinerà la prevalenza dell'uno sull'altro interesse.

<sup>91</sup> Impeccabile, sul punto, il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura di Agrigento, cit., 10-12.

ritti e doveri scriminanti di confini impliciti, specie là dove, come nel caso nostro, ne siano assolutamente incerti presupposti e perimetro operativo (dovere di soccorso in mare), o, comunque, non ne siano descritte le modalità di esercizio (come nel caso delle Carte dei diritti umani)<sup>92</sup>.

Ed in effetti, il requisito della (effettiva) proporzione della condotta (astrattamente) facoltizzata<sup>93</sup>, che spesso compare col nome di necessità-indispensabilità<sup>94</sup>, e che serve per testare il rispetto dei limiti interni ed esterni dei diritti-doveri esimenti<sup>95</sup>; le modalità non violente dell'esercizio del diritto<sup>96</sup> e non eccessivamente violente nell'adempimento del dovere<sup>97</sup>; la stessa figura dell'abuso di diritti e facoltà<sup>98</sup>, rappresentano valvole di contenimento della forza liceizzante innescate dal contatto fra regola astratta e la realtà regolata: e, a nostro sommesso avviso, si tratta di presidi irrinunciabili quando entrano in campo *diritti e doveri incerti*.

Un paio di domande, allora.

Era davvero *indispensabile*, in quelle specifiche circostanze di tempo e di luogo, opporre resistenza a una nave da guerra e *usare violenza* per portare sulla terraferma i migranti?

<sup>92</sup> Che, di regola, si limitano a riconoscere e garantire beni e valori: sulla difficile identificazione dei limiti (interni) di diritti e libertà previsti da disposizioni generalizzanti/generiche v., fra gli altri, P. SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, Milano, 2009, 26 ss.

<sup>93</sup> Emblematica, al riguardo, la casistica concernente il rapporto fra il (generico) diritto di difesa e il reato di calunnia: fra le più recenti Cass., V, 7.3.2017, n. 14542, in *CED* 26973401; Cass., VI, 6.6.2018, n. 39918, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui la condotta (offensiva e) facoltizzata dev'essere 'proporzionata' e 'strettamente connessa' a – oggettivamente apprezzabili – esigenze difensive, altrimenti varcandosi i limiti (impliciti e interni) di un legittimo esercizio del diritto *ex art.* 24 Cost.

<sup>94</sup> Cfr. ad es., sempre in punto di rapporti fra calunnia e diritto di difesa, Cass, V, 2.12.1987, n. 5457, in *Cass. pen.*, 1989, 980; Cass., VI, 2.10.2014, n. 14042, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui l'affermazione calunniosa è scriminata solo là dove sia indispensabile per confutare la fondatezza dell'incolpazione; v. anche Cass., VI, 3.10.2014, n. 41192, cit., a proposito dei rapporti fra il diritto/dovere di vigilanza parentale e la captazione offensiva *ex art.* 617 c.p. delle comunicazioni dei figli.

<sup>95</sup> Come accade in punto di difesa preventiva di diritti personali o patrimoniali (cd. offencicoli); qui, infatti, la giurisprudenza pratica da sempre uno scrutinio di proporzionalità fra mezzi e beni in conflitto, esigendo, per ritenere lecita la condotta lesiva, che quest'ultima *non potesse essere sostituita* da altra meno (o per nulla) dannosa: v. *ex multis* Cass., III, 1.12.1994, n. 12576, in *CP*, 1996, 809.

<sup>96</sup> Sulla esclusione della scriminante nel caso di violenza su persone o cose, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 544; conf. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, PG<sup>5</sup>, Padova, 2012, 280; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, PG<sup>3</sup>, Torino, 2013, 246; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, PG<sup>2</sup>, Milano, 2008, 340. Peraltro, se le norme *ex artt.* 392, 393 c.p. fossero davvero intimamente connesse alla fattispecie *ex art.* 51 c.p., tracciando un limite generale (interno) del diritto scriminante, la nostra tesi della 'precondizione logica' (*retro* nt. 82) riceverebbe indiretta conferma: giacché (anche) il delitto di esercizio arbitrario rientra «tra i cc.dd. reati propri ed esclusivi o di mano propria, che si caratterizzano in quanto la loro esecuzione implica l'intervento personale diretto del soggetto designato dalla legge» (Cass., II, 3.11.2016, n. 46288, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 8.2.2017, § 9.2.5.1).

<sup>97</sup> Cass., VI, 2.12.2008, n. 1786, in *www.iusexplorer.it*; Cass, V, 2.10.2017, n. 4398, *ivi*.

<sup>98</sup> In questo senso, già Cass., III, 8.5.1996, n. 5883, in *www.iusexplorer.it*.

Probabilmente no: esistevano percorsi modali molto più ortodossi<sup>99</sup>.

Il ventaglio degli interessi-valori giustiziati dalla capitana sostiene il *confronto assiologico* con i contro-interessi ‘esterni’ minacciati o pregiudicati?

Pure qui, se il saldo poteva forse essere *astrattamente* positivo (benessere e integrità psico-fisica dei migranti *vs.* istanze pseudo-securitariste e beni funzionali domestici), le *concrete* modalità di adempimento prescelte da Rackete, coinvolgendo *anche* la vita dei militari, sbilanciano il test a favore dell'accusa<sup>100</sup>.

Al di là delle tifoserie e delle etiche, resta dunque una condotta che danza pericolosamente fra liceità (solo) putativa<sup>101</sup>, illiceità (quasi) dolosa, ed un eccesso *ex art. 55, 59, co. 4, c.p.* (al più) per errore-inabilità<sup>102</sup>; e resta la responsabilità (micro-)politica e civile di celebrare un provvedimento che, al netto degli impropri richiami al conflitto fra diritto e giustizia<sup>103</sup>, riconosce a *chiunque* bazzichi la zona adiacente al mare nazionale un diritto-dovere *incondizionabile* di sbarcare persone (già) in salvo nel primo porto utile, asfaltando tutto ciò che – leggi, divieti, cose, financo persone – si frappone fra prua e banchina.

Con ciò, all'evidenza, aprendo alla piana ripetibilità dello stesso scenario.

<sup>99</sup> Lo segnala giustamente il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura agrigentina, 11, là dove precisa che, «[anche] ritenendo che il dovere di soccorso dei migranti terminasse esclusivamente con la loro conduzione a terra [...] il GIP avrebbe dovuto valutare se la circostanza che Rackete [...] avrebbe potuto condurre a terra i migranti con modalità alternative, ad esempio a mezzo delle scialuppe di bordo – possibilità, del resto, prospettata dalla stessa – adempiendo in tal modo il proprio dovere con evidente minor pericolo [...] potesse comunque consentire l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p.».

<sup>100</sup> Ribadiamo ancora che, in quel frangente, non era minacciata la vita dei trasportati (senz'altro prevalente sulle esigenze di controllo delle frontiere e di contrasto all'immigrazione irregolare: così le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa di maggio 2019, cit., 37), né era apprezzabile un rischio di *refoulement*, diretto o indiretto. Si trattava invece, come la stessa capitana ha dichiarato, di evitare un 'aggravamento delle condizioni psicologiche' dei trasportati: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 10; cfr. altresì il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura di Agrigento, 11 ss.

<sup>101</sup> Anche se, avendo la capitana ricevuto ben due *feedback* giurisdizionali sul difetto dei presupposti per procedere allo sbarco (Corte EDU e TAR Lazio: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9), non ci sorprenderemmo se qualcuno, applicando collaudati schemi interpretativi (v. ad es. Cass., V, 1.10.2008, n. 38596, in CED 241954), replicasse che s'è trattato di un errore di diritto irrilevante *ex art. 59 c.p.*

<sup>102</sup> In tema, v. ora il resoconto di M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 7/2018, 21 ss.

<sup>103</sup> Insiti nell'accostamento, proposto dai media ma pure da diversi giuristi, fra la capitana e Antigone; in verità, siamo oceanicamente distanti dalle *gross violations* e dagli 'illeciti di sistema' che, nell'ambito di certe esperienze transizionali, hanno convinto la magistratura a giustiziare regole giuridico-formali in nome di istanze di giustizia materiale: sul fenomeno, v. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2004.

