LUISS

PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE DELLE ONG IN RELAZIONE AL REATO DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Angelo Carmona

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.

Maria Novella Masullo

CANDIDATO

Alessio Balloi

Matr. 131053

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

INDICE

5 ***Introduzione***

CAPITOLO I

EVOLUZIONE E RUOLO DELLE ONG NEL PANORAMA INTERNAZIONALE:

INTERVENTI IN AMBITO UMANITARIO

13 1. Premessa: la natura delle ONG

15 2. Nascita e diffusione: dallo status consultivo alla partecipazione diretta

20 3. Il ruolo odierno nello scenario internazionale

20 3.1. L'elaborazione delle norme internazionali

23 3.2. L'accertamento delle norme internazionali

25 3.3. L'osservanza delle norme internazionali

26 4. L'avvio delle operazioni nel Mediterraneo e la difficile collaborazione con l'UE

30 5. Le divergenze con FRONTEX: le due accuse

30 5.1. La responsabilità di pull factors

34 5.2. L'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione: spunti di riflessione

CAPITOLO II

CONTROLLO DELLE FRONTIERE: POTERI E DOVERI DI UNO STATO NEL CONFINE

TRA SOVRANITÀ E OBBLIGHI INTERNAZIONALI

38 1. Premessa: l'enigma delle fonti

39 2. Il diritto internazionale

42 2.1. La suddivisione dello spazio marittimo e gli effetti sulla giurisdizione dello Stato costiero

46 2.2. L'immigrazione nel diritto internazionali: fonti principali

50 2.3. Giurisdizione statale in alto mare: l'ipotesi del traffico di migranti come crimine internazionale

56 2.4. Il controllo delle frontiere nelle acque territoriali in applicazione del principio di non refoulement

60 2.5. L'attività di ricerca e soccorso in mare nelle Convenzioni UNCLOS, SAR e SOLAS

63 3. Il diritto europeo

65 3.1. L'Accordo di Schengen e gli altri principali strumenti giuridici dell'UE

75 3.2. La giurisprudenza della CGUE e della CEDU

79 4. Conclusione: la teoria della sovranità funzionale come soluzione allo stallo della politica europea sull'immigrazione

CAPITOLO III

LA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE: DIRITTO INTERNO

E RELAZIONI DIPLOMATICHE

84 1. Premessa: l'ultimo tassello del mosaico normativo

85 2. Origine, evoluzione e contraddizioni della normativa

88 3. Panoramica sulla disciplina del T.U. sull'immigrazione

88 3.1. Ingresso, respingimento ed espulsione

92 3.2. Poteri di intervento e contrasto dell'immigrazione clandestina via mare

95 3.3. Ipotesi specifiche di arresto e sequestro

97 4. Le principali riforme del T.U.: il reato di immigrazione clandestina e i due "decreti sicurezza"

97 4.1. L'articolo 10-bis: "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato"

102 4.2. Il "decreto sicurezza" n. 113/2018

110 4.3. Il "decreto sicurezza-bis" n. 53/2019

114 5. Il Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare

119 6. Gli accordi bilaterali con la Libia: un male necessario

123 7. Conclusione: la necessità di una risposta europea all'isolazionismo (giustificato) dei suoi Stati Membri

CAPITOLO IV

IL DELITTO DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA:

ELEMENTI STRUTTURALI E APPLICABILITÀ ALLE ONG

125 1. Premessa: l'evoluzione normativa

126 2. L'interpretazione della norma: giurisprudenza e dottrina

130 3. La risposta giurisprudenziale al problema della giurisdizione

135 3.1. Autoria mediata: punti a favore, criticità e proposte alternative

142 4. L'indirizzo maggioritario sulla natura di reato di pericolo: la rilevanza dell'ingresso illecito

142 4.1. Il comma 1: aspetti sostanziali e processuali della tutela anticipata

146 4.2. Il comma 3: la sentenza delle SS.UU. sulla natura di aggravante o fattispecie autonoma

149 5. La responsabilità penale delle ONG "oltre" il legittimo soccorso

CAPITOLO V

LA RISPOSTA GIURISPRUDENZIALE ALLA CRISI MIGRATORIA:

ANALISI CRITICA E COMPARATA DI TRE CASI CONCRETI

156 Premessa: la rilevanza delle tre vicende prescelte

157 **A) Il caso "IUVENTA": la difficile classificazione del fine umanitario nel concorso coi trafficanti**

158 1. Il sequestro della nave da parte del G.I.P.

158 1.1. La condotta contestata

161 1.2 La legittimità della giurisprudenza e del sequestro

164 1.3. Elemento soggettivo e applicabilità delle scriminanti

165 2. La linea difensiva della Jugend Rettet

169 3. La pronuncia della Cassazione: conferma del sequestro

172 **B) Il caso "DICIOTTI": l'intervento dell'autorità giudiziaria nel conflitto tra sovranità statale e Stato di diritto**

173 1. L'ipotesi di reato ministeriale: elementi di fatto e diritto

173 1.1. Cronologia degli eventi

175 1.2. Sintesi del quadro normativo di riferimento

176 2. Applicabilità del sequestro di persona alla direttiva ministeriale

176 2.1. L'elemento oggettivo: la privazione di libertà

180 2.2. L'elemento soggettivo: il valore delle "motivazioni politiche"

185 3. La competenza del Tribunale dei Ministri: reato ministeriale e atto politico "in senso stretto"

188 **C) Il caso "SEA WATCH 3": un'altra conferma della prevalenza dei diritti umani nel bilanciamento dei beni giuridici tutelati**

189 1. Il procedimento giudiziario: applicazione del decreto sicurezza-bis

189 1.1. Cronologia degli eventi e quadro normativo

192 1.2. Le argomentazioni difensive e la decisione del G.I.P.

195 2. La reazione nell'ambiente sovranazionale: CEDU e CdE

195 2.1. La richiesta di "interim measures" alla Corte di Strasburgo

198 2.2. Le raccomandazioni del Consiglio d'Europa

202 Considerazioni finali

211 ***Bibliografia***

Introduzione

Questa tesi si prefigge come obiettivo di rispondere ad un quesito che è stato posto numerose volte all'attenzione dei media, della politica e del mondo giuridico degli ultimi anni: la condotta delle ONG, intesa come il soccorso in mare dei migranti con l'intenzione di consegnarli poi alle autorità nazionali, in mare o in porto, deve essere considerata come un atto lodevole, nonché legittimo, o invece, come più volte affermato, come un favoreggiamento dell'immigrazione clandestina?

Naturalmente questo elaborato cercherà la risposta prima di tutto nel diritto, ma bisogna premettere che risulta difficile astenersi completamente da considerazioni di natura politica, non solo per l'attualità dell'argomento, ma anche perché, a seconda della risposta trovata, può derivare una sola e unica doverosa reazione da parte dello Stato, di appoggio o di ostilità, il quale invece in questi anni ha mostrato un approccio quantomeno altalenante, e dunque suscettibile di critica.

Al fine di seguire un ordine logico, sembra indispensabile a chi scrive partire da una chiarificazione del concetto di Organizzazione Non Governativa (ONG), erroneamente diventato ormai per molti sinonimo di criminalità e anarchia, e da un'esposizione della storia di impegno e contributo che va loro indubitabilmente riconosciuta.

Va infatti ricordato che le ONG sono state attrici di primaria importanza nello scenario internazionale sin dalla loro diffusione all'indomani dei conflitti mondiali, a volte organizzando o prendendo parte a conferenze internazionali insieme a delegati pubblici, altre favorendo la nascita di organismi intergovernativi con gli obiettivi più vari; si contano inoltre diversi episodi in cui queste hanno preso l' iniziativa, esercitando pressioni sui governi in materie dove risultava fondamentale la cooperazione internazionale.

Per fare un esempio, la stessa Società delle Nazioni deve la sua nascita in gran parte all' impegno profuso dalle organizzazioni nazionali pacifiste riunite nella "International Federation of League of Nations Societies", e è proprio sotto la Società delle Nazioni che le ONG hanno visto aumentare la propria importanza in maniera estremamente eclettica, aiutando gli Stati a risolvere problemi di rilevanza

internazionale quali la salvaguardia dell'ambiente, la lotta alla schiavitù, l'assistenza ai rifugiati, e solo per citarne alcuni.

Appare quindi innegabile che queste organizzazioni siano da sempre state preziose alleate dei governi, e soprattutto immancabili protagoniste nella sfera dei diritti umani, al punto che, se stupisce poco il loro coinvolgimento nella profonda crisi migratoria in cui si ambienta questa trattazione, può lasciare invece perplessi il clima di ostilità con cui sono state accolte da diversi Stati dell'Unione, tra cui senza dubbio l'Italia.

Il *casus belli* è stato costituito dal rapporto "Risk-analysis for 2017" di FRONTEX, l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, che ha ipotizzato l'esistenza di due condotte in capo alle organizzazioni umanitarie: una involontaria ma comunque pericolosa, cioè quella di costituire un fattore di attrazione (*pull factor*) per i migranti e quindi per il business degli scafisti, consci della presenza delle loro navi a poche miglia dalle coste libiche, e l'altra volontaria e criminale, cioè la sistematica collusione con i trafficanti, avvalorata dall'enorme numero di salvataggi operati da queste (circa il 40 %) in proporzione alle autorità nazionali ed europee.

Mentre la prima ipotesi sarà trattata in questa tesi in maniera meno approfondita, in quanto riguarda studi e ragionamenti sicuramente più vicini alle scienze politiche che alla giurisprudenza, la veridicità (o quantomeno plausibilità) della seconda, e le sue conseguenze sul piano giuridico e processuale, saranno oggetto principale dell'elaborato.

A tal fine non si può prescindere da uno studio della complessa e variegata cornice legislativa che abbraccia questa materia sia a livello nazionale che internazionale, poiché sono da ritrovare nel diritto internazionale le regole principali che disciplinano la divisione delle acque e l'estensione dei poteri di polizia marittima che da detta suddivisione derivano, così come i poteri d'intervento degli Stati per combattere il traffico dei migranti clandestini o prestare invece soccorso in caso di emergenze umanitarie, la definizione di porto sicuro, nonché la disciplina dell'attività di ricerca e soccorso a cui tanto le autorità pubbliche quanto le ONG devono attenersi.

Sulla stessa materia è presente anche una corposa normativa dell'Unione Europea, che seria attenzione ha da sempre dedicato al tema delle frontiere, tanto interne quanto esterne: punto di partenza sarà appunto l'Accordo di Schengen firmato

nel 1985, che prevedeva la progressiva abolizione delle frontiere interne compensata però da un rafforzamento coordinato dei controlli esterni.

A seguire saranno poi analizzati numerosi Trattati, molti dei quali di recente nascita proprio in risposta alla crisi migratoria, tra cui possiamo citare la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, stipulata il 19 giugno 1990, ove viene disciplinato il fenomeno del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a livello europeo; il Trattato di Amsterdam del 1997, che ha trasferito le materie di immigrazione, asilo, e controllo delle frontiere esterne dal modello di cooperazione intergovernativa a quello comunitario, riducendo sensibilmente la sovranità degli stati in tali ambiti.

Sulla stessa linea si pone il Codice delle frontiere Schengen del 2006, che rimarca l'impegno europeo e non solo nazionale a combattere l'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani, fornendo nuove regole sull' attraversamento delle frontiere e sul pattugliamento coordinato delle stesse da parte degli Stati Membri.

Doverosa anche la menzione delle iniziative intraprese a livello pratico dall'UE, come per esempio la creazione della già menzionata agenzia europea FRONTEX, e alcune delle operazioni da questa gestite: tra queste possiamo ricordare l'operazione Hermes tra il 2011 e il 2014, poi succeduta da Triton, che nel 2015 ha inglobato anche l'operazione italiana Mare Nostrum, e infine Themis, subentrata nel 2018 con un patto sottoscritto dal Viminale con la stessa FRONTEX, patto che ha inoltre rivisto diversi principi e priorità dell'intervento in mare.

Lo studio dei risultati di queste operazioni appare fondamentale per poter vagliare la plausibilità delle ipotesi formulate dall'Agenzia Europea, e quindi eventualmente giustificare la riluttanza degli Stati a una collaborazione piena con le ONG.

Anche a livello nazionale la normativa che disciplina la materia è molto vasta, dovendo fare necessariamente riferimento sia al diritto marittimo che al diritto penale (in particolare il T.U. sull'immigrazione n. 286/1998) e al Codice di condotta delle ONG promosso dal ministro dell'Interno *pro tempore* Marco Minniti nel 2017; non andranno neanche tralasciati i diversi accordi bilaterali firmati dall'Italia con numerosi Paesi dell'area mediterranea, primo tra tutti quello con la Libia, da cui provengono la maggior parte degli sbarchi.

Una volta chiarito quali siano i poteri e i doveri degli Stati, dell'UE e delle ONG in materia di immigrazione alla luce della normativa vigente, sarà proprio sullo studio del T.U. Immigrazione del 1998 che si concentrerà la fase successiva dell'elaborato, partendo innanzitutto da una panoramica sulla ratio, la struttura e gli obiettivi di politica criminale che il decreto legislativo si prefigge.

Sarà fatta menzione dell'art. 10-bis, cioè del reato di immigrazione clandestina, visti non solo gli interessanti problemi di costituzionalità sollevati, ma soprattutto i parallelismi con la fattispecie in esame che le Corti hanno operato in diverse sentenze pertinenti, in particolare in tema di concorso; successivamente verrà svolto uno studio approfondito sull'art. 12 T.U, cioè il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui le ONG sono state ripetutamente accusate.

Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno studiato attentamente questa discussa fattispecie, essendo la sua natura e portata estremamente dibattuti: diverse tesi si scontrano già sulla natura del bene giuridico tutelato, identificato da alcuni genericamente come l'ordine pubblico, da altri specificatamente come l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori.

La questione non è secondaria in quanto solleva subito dubbi sulla portata della fattispecie: si può infatti considerare offensiva la condotta delle ONG, che si limitano a consegnare i migranti recuperati alle autorità italiane, quindi di fatto non eludendo ma anzi garantendo il controllo dello Stato sull' ingresso dei flussi migratori?

Non minori problemi hanno causato la definizione della natura del reato, del momento consumativo e della configurabilità del tentativo, soprattutto per le conseguenze sull'estensione della giurisdizione italiana, non di così immediata giustificazione visto che solo la parte finale della condotta ha luogo nelle nostre acque territoriali, ma risvolti forse ancora più interessanti (e discussi) riguardano la configurabilità del concorso di persone.

Concorso che, come ci sarà occasione di approfondire, è stato ipotizzato non solo per le ONG ex. art. 12, ma anche per gli stessi migranti, alla stregua di un auto-favoreggiamento. Sebbene questo orientamento sia stato in un primo momento escluso, la responsabilità personale del migrante assume ora nuova importanza alla luce dell'art 10-bis del T.U., aggiunto nella novella del 2009, che prevede come fattispecie autonoma il reato di immigrazione clandestina.

Dopo questa introduzione sull'art 12 T.U., è ora di affrontare il quesito fondamentale di questa tesi, ossia la responsabilità penale delle ONG nel traffico di migranti.

Basandosi esclusivamente sulle operazioni SAR (Search And Rescue, ovvero ricerca e soccorso), nessun rimprovero pare si possa muovere agli operatori privati impegnati nel Mediterraneo, dato che tali interventi sono non solo legittimi, ma addirittura doverosi alla luce di numerosissime fonti normative: a livello nazionale l'obbligo di soccorso è sancito agli art. 489 e 490 del Codice della navigazione del 1942; a livello sovranazionale sia la Convenzione di Londra del 1989, che la Convenzione SAR del 1979 e il regolamento UE n. 656 del 2014 hanno ribadito tale principio accompagnandolo a sistematici meccanismi di monitoraggio, ricerca e coordinamento in capo agli Stati.

Tuttavia, l'art. 12 T.U. richiede un'analisi esegetica più approfondita, in quanto contiene una clausola di illiceità speciale: è la locuzione "in violazione delle disposizioni del presente testo unico" che trasforma una condotta perfettamente legittima in un illecito sanzionabile, concentrando su di sé l'intero disvalore del fatto di reato; punto focale della questione diventa quindi capire se la condotta in esame possa considerarsi una violazione del T.U., e su questo dilemma esistono diversi orientamenti.

Tra quelli che si schierano a favore delle ONG, molti argomentano facendo leva sulle scriminanti ex art. 51 c.p., visto il sopracitato obbligo giuridico in capo agli operatori in mare, o ex. art. 54 c.p., a causa della scriminante richiamata al secondo comma dello stesso art. 12 del T.U. imm.

Va ricordato però che alcuni autori più radicali non reputano neppure necessario ricorrere alle scriminanti appena richiamate, in quanto ritengono che la condotta di queste non sia di fatto lesiva del bene giuridico tutelato, perché il controllo dello Stato sui flussi in entrata dei migranti non viene mai meno, e la stessa Cassazione ha utilizzato una simile linea di pensiero con riguardo alla responsabilità dei migranti nella fattispecie indicata al già menzionato art. 10-bis in diverse sentenze (Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 2011 n. 4401).

La Suprema Corte, tuttavia, di recente (Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510) ha introdotto una nuova argomentazione che, invertendo il proprio precedente

orientamento, ha sancito non solo la sussistenza della giurisdizione italiana nei casi in cui lo scafista abbia abbandonato le imbarcazioni cariche di migranti prima di entrare nelle acque territoriali italiane, scommettendo sul loro futuro recupero, ma anche la non punibilità dei soccorritori che abbiano le abbiano effettivamente intercettate.

Facendo leva sull'art. 54 terzo comma c.p., la Corte ha identificato in questi casi le ONG come meri autori mediati della condotta dei trafficanti, i quali, avendo provocato la situazione di necessità in cui i soccorritori sono dovuti intervenire, rimangono quindi unici autori del reato. Non sono però mancate numerose obiezioni che hanno evidenziato le criticità di tale interpretazione, le quali saranno poi debitamente esposte nell' elaborato.

Se la condotta dei soggetti in esame si limitasse a quella fin qui esposta, sarebbero quindi numerose le frecce al loro arco per difendersi in tribunale. Nondimeno, alla luce del rapporto di FRONTEX e delle indagini della Procura di Trapani, appare evidente che il problema è ben più ampio: ciò che viene realmente contestato alle ONG è la presenza di vere e proprie "consegne" di migranti, frutto di accordi stipulati precedentemente, mascherate invece da comuni operazioni di soccorso.

Sorvolando per il momento sulla verità fattuale di tali accordi, che non sono mai stati realmente accertati, il punto fondamentale di questa tesi è quello di stabilire se le argomentazioni difensive appena elencate potrebbero estendersi anche a questa condotta. Sul punto la magistratura si è mostrata notevolmente rigida in diverse occasioni: ne è una prova la complicata vicenda processuale della nave Cap Anamur (Cass. pen. Sez. I 15689/05), o ancora la lunga indagine portata avanti dal procuratore di Catania Carmelo Zuccaro su varie ONG tra le quali la spagnola Proactiva Open Arms e la Jugend Rettet, che ha portato anche al sequestro delle rispettive imbarcazioni.

Con la premessa che ognuna di queste vicende sarà esaurientemente analizzata, una loro introduzione è comunque pertinente già in questa fase: il primo caso, tanto risalente quanto noto, è quello della nave Cap Anamur, che nel 2004 ha trasportato in Italia 37 presunti rifugiati politici fuggiti dalla guerra civile in Sudan.

L'arresto dell'equipaggio della nave per il reato ex art. 12 T.U., il sequestro della stessa, e il diniego di massa della domanda di asilo da parte delle autorità italiane,

dopo aver accertato la reale provenienza dei migranti, hanno scatenato una profonda divisione nell' opinione pubblica, ma il punto di diritto più interessante è sicuramente la ragione giustificatrice del sequestro.

Secondo la Corte di Cassazione, che ha confermato la sua legittimità, sarebbe stato sufficiente il fumus del collegamento tra il reato e il corpo del reato, alias il natante secondo questa fattispecie, essendo successivo e quindi scollegato l'accertamento dell'effettiva responsabilità dei tre imputati, la cui assoluzione, e con essa il dissequestro della nave, è stata infatti dichiarata solo cinque anni dopo.

Il secondo caso è decisamente più attuale, essendosi aperte le già menzionate indagini solo nel 2017, quando, in seguito al sopracitato rapporto di FRONTEX, molti operatori del mare sono stati iscritti al registro degli indagati: i membri della Jugend Rettet sono stati accusati di aver incontrato in alto mare, in almeno due occasioni, i trafficanti libici di migranti, i quali avrebbero fatto ritorno poco dopo scortando un barcone carico di migranti, prontamente trasbordati sull'imbarcazione della ONG; gli è stato inoltre contestato di aver riconsegnato ai trafficanti le imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti, e di aver ostacolato le indagini in corso distruggendo od occultando materiale video e fotografico che avrebbe permesso l'identificazione degli scafisti.

È quindi chiaro che non è tanto il salvataggio in sé l'oggetto dell'indagine, quanto le condotte antecedenti e successive a poter integrare il reato ex art 12 T.U., ma anche così rimane oggetto di dibattito il tipo di responsabilità a cui gli operatori andrebbero incontro: alcuni li identificano come autori materiali al pari dei trafficanti, ritenendo le due condotte autonome e ognuna sufficiente a integrare la fattispecie, altri invece prediligono una responsabilità concorsuale in favoreggiamento.

Qualunque sia la risposta, permane il fatto che, tra tutte le indagini iniziate nei confronti delle varie ONG, nessuna ha mai portato a una condanna definitiva per il reato in esame, e ciò deve spingere a domandarsi se quindi sia giustificata la diffidenza riservata loro dagli esecutivi italiani degli ultimi anni.

Si ricordi in tal senso il già citato Codice di condotta delle ONG, che sei di queste hanno rifiutato di firmare perché, a detta dei portavoce, intralciava le operazioni e impediva loro di salvare vite che rimanevano senza soccorso, ma ancor di più la vera e propria ostilità che ha caratterizzato la linea politica del governo appena concluso,

incarnata nel Ministro dell'Interno Matteo Salvini, che ha fatto della lotta alle ONG uno dei propri punti chiave.

Se infatti nessun rimprovero può essere mosso alla magistratura requirente, le cui iniziative sono condizionate dal principio dell'obbligatorietà dell' azione penale ex art. 50 Cost., la figura del Ministro è connotata invece da un amplissimo potere discrezionale, ragion per cui è lecito domandarsi la legittimità di una misura di portata generalissima quale è la dichiarazione della chiusura indiscriminata dei porti a tutte le navi che trasportino migranti, siano esse ONG o navi della Guardia Costiera; in tal senso sarà analizzato con attenzione il caso della nave "U. Diciotti", e si cercherà di vagliare le possibilità di una effettiva responsabilità penale in capo al ministro per il reato di sequestro di persona aggravato, così come paventato dal Tribunale dei Ministri di Catania.

Infine, la conclusione dell'elaborato sarà volta a rimettere ordine nella complicata questione qui solo introdotta. Questa si concentrerà, dopo un breve riepilogo del contesto storico e legislativo in cui si esplica l'attività di soccorso delle ONG, sulle risposte che sono state ideate dalla giurisprudenza per far fronte al fenomeno del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e, soprattutto, sulla loro eventuale applicabilità alle stesse organizzazioni umanitarie, nel momento in cui si reputi attraversato il limite che intercorre tra il legittimo soccorso e l'illecito penale.

CAPITOLO I

Evoluzione e ruolo delle ONG nel panorama internazionale: interventi in ambito umanitario

1. Premessa: la natura delle ONG

Le ONG, alias Organizzazioni Non Governative, sono comunemente definite come enti privati orientati al perseguimento di fini d'interesse pubblico.

Una definizione quantomeno scarna per questi attori non statali che, nell'arco dell'ultimo secolo, hanno acquisito una sempre maggiore importanza, soprattutto nel diritto internazionale, grazie alla loro capillare diffusione a livello globale e alla capacità di rimediare al deficit di legittimazione democratica tipico dei processi internazionali di decisione.

Tuttavia, per quanto sia ormai pacifica l'utilità del loro coinvolgimento nei processi di elaborazione e garanzia delle norme internazionali, specialmente nell'ambito della protezione dei diritti umani, rimane ancora da colmare il problema fondamentale, ossia offrire una definizione che possa essere condivisa in tutti gli ordinamenti.

Tale ricerca ha portato la dottrina[1] a partire da una disamina circa le principali caratteristiche che distinguono le ONG dagli altri numerosi attori presenti nello scenario internazionale: queste sono state identificate nella natura privata, essendo esse formate da individui e non da Stati, a differenza delle organizzazioni intergovernative; nell'assenza di un fine lucrativo, che le separa dalle imprese multinazionali; nell'internazionalità, intesa sia come scelta delle questioni di cui occuparsi sia come

[1] Tra i principali autori in materia, è possibile citare MARCHESI, *Organizzazioni non governative (diritto internazionale.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, o ancora MARTENS, *Mission impossible? Defining Non-Governmental Organizations*, in *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 2002, soprattutto riguardo il principio dell'assenza di scopi lucrativi, che secondo l'autore non comporta l'impossibilità di svolgere attività che generino un profitto, ma traccia una distinzione tra la distribuzione di tale profitto ai membri e il finanziamento delle attività statutarie; solo la seconda opzione è compatibile con le caratteristiche dell'ONG.

coordinamento di organizzazioni nazionali che perseguano un obiettivo comune; nella presenza di un apparato organico stabile, a differenza di altre forme di azione sociale collettiva e, infine, nel carattere pubblico e pacifico degli obiettivi perseguiti.

Un'altra questione primaria che va affrontata, al fine di comprendere pienamente il fenomeno delle ONG, è quella attinente all'eventuale soggettività giuridica internazionale delle medesime.

La dottrina tradizionale[2] ha sempre preferito una risposta negativa, ma nel periodo più recente, tenendo in minore considerazione i criteri formalistici e maggiormente l'enorme influenza da queste esercitata dal punto di vista fattuale, ha preso piede un contrapposto orientamento[3] che ammette quantomeno una soggettività parziale.

Se, infatti, è indubbio che il diritto internazionale nasce principalmente per disciplinare solamente i rapporti tra enti sovrani, è oramai prassi comune l'esistenza di norme che riconoscano, in capo alle ONG, diritti e capacità di agire per la tutela giurisdizionale delle previsioni in esse contenute, oltre ad un ormai radicato status consultivo presso i principali organismi di cooperazione intergovernativa.

Più nel dettaglio, la giustificazione della soggettività delle ONG si può fondare, già solo dal punto di vista giuridico, su un parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 1949 sulla Riparazione per i danni subiti al servizio delle Nazioni unite[4], nel quale viene conferita loro una personalità "secondaria", "derivata" e "parziale": secondaria, per differenziarla da quella primaria degli Stati; derivata, perché non autonoma ma dipendente dalla volontà di questi ultimi; parziale, in quanto limitata a specifiche situazioni che saranno di seguito analizzate.

Stessa conclusione raggiungono anche numerose correnti di studi sociologici, tra le quali assumono particolare rilievo due originarie degli Stati Uniti, la *New Haven School* e il *Transnational Legal Process*, che, osservando il diritto internazionale da un punto di vista dinamico e meno formalistico, enfatizzano l'innegabile ruolo

[2] In tal senso si veda MARCHISIO, *Le organizzazioni non governative internazionali*, Palombi Editore, 1985
[3] Tra gli altri, CICIRIELLO, *La soggettività internazionale delle organizzazioni non governative: un problema ancora aperto*, La CI, 2008
[4] Corte Internazionale di giustizia, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, in *ICJ Reports*, 1949, p. 174 ss.

partecipativo delle ONG nella creazione, interpretazione, internazionalizzazione e attuazione delle norme internazionali[5].

In particolare, il primo studio preferisce al concetto di soggettività quello più fluido e pragmatico di "partecipazione", inteso come capacità di porre in essere delle attività di pressione diretta e indiretta sui governi e sugli altri attori internazionali, anche grazie alla creazione di un diritto alternativo completamente autonomo, di cui fanno parte, a titolo di esempio, i codici privati di autoregolamentazione, che valutano la condotta degli Stati e dei loro organismi dal punto di vista degli interessi individuali[6].

Il secondo studio sottolinea invece la loro influenza sull'agenda politica internazionale, sia attraverso il richiamo dell'attenzione dell'opinione pubblica su determinate questioni, che promuovendo l'adozione e l'osservanza delle norme internazionali da parte degli Stati, anche sollecitando forme di sanzione sociale nei confronti degli stessi in caso di eventuali violazioni[7].

2. Nascita e diffusione: dallo status consultivo alla partecipazione diretta

Una volta fatta chiarezza, almeno in linea teorica, riguardo la natura delle ONG, è d'obbligo, al fine di comprendere appieno il loro coinvolgimento nella crisi umanitaria che funge da cornice all'oggetto di questa trattazione, esaminare dal punto di vista storico il percorso attraverso il quale delle organizzazioni fondamentalmente private siano arrivate a ricoprire un ruolo primario nel teatro internazionale, settore prima esclusivamente pubblico.

Sebbene non sia una teoria unanimemente condivisa, si ritiene generalmente che la *British and Foreign Anti-Slavery Society*, fondata a Londra nel 1832, costituisca

[5] Per un ulteriore approfondimento sulle due correnti sociologiche citate, si veda TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, CEDAM, 2013, pp. 14-19.
[6] Su questo punto, v. W. M. REISMAN, Law in brief encounters, New Haven, 1999.
[7] KOH, Transnational Legal Process, pp. 203 e 207, 1996

il primo esempio di associazione privata nata con l'obiettivo di perseguire scopi di interesse pubblico sul piano internazionale.[8]

È invece storicamente provato che queste organizzazioni si siano diffuse esponenzialmente nel periodo politicamente stabile che va dal Congresso di Vienna del 1814 fino all'insorgere della Prima guerra mondiale, essendo in quel periodo numerosissimi i problemi di rilevanza sovranazionale, quali la tratta delle donne, la diffusione di epidemie e il degrado ambientale, che rendevano imperativo trovare soluzioni comuni incentivando forme di collaborazione tra gli Stati.[9]

Le ONG si sono distinte in questo ambito soprattutto in tre modi: organizzando e partecipando a conferenze internazionali a composizione mista, cioè con paritaria partecipazione di delegati governativi e non, finalizzate all'adozione di nuovi strumenti normativi; fungendo da impianto per la nascita di organismi intergovernativi, come accaduto ad esempio per l'Unione internazionale per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886, nata dalle ceneri di una analoga associazione non governativa fondata con il medesimo fine un decennio prima.[10]

Infine, il terzo aspetto, e probabilmente più rilevante, è stato il lavoro di pressione da queste esercitato nei confronti dei governi per promuovere la cooperazione degli stati in alcuni settori nevralgici: esempio lampante è quello delle ONG riunitesi nella International Federation of League of Nations Societies, che sarebbe poi diventata la Società delle Nazioni nel 1919.

Ed è proprio all'interno della Società delle Nazioni che le organizzazioni non governative hanno visto attribuirsi il ruolo più attivo. Anche se la cooperazione tra queste due entità non è stata inizialmente formalizzata, in modo da mantenere la loro indipendenza reciproca, le ONG sempre più spesso sono state invitate a prendere parte

---

[8] NADELMANN, *Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society*, p. 495.

[9] Per uno studio approfondito sulle caratteristiche della cooperazione internazionale del periodo in esame e sul ruolo di guida delle ONG in rapporto agli Stati, si veda LYON, *Internationalism in Europe*, A. W. Sythoff, 1963, p. 20

[10] Per altri esempi simili, tra i quali l'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO), originata dall'Unione internazionale permanente delle associazioni agricole, organizzazione privata attiva fin dal 1878, si veda MARCHISIO, *Le organizzazioni non governative internazionali e la cooperazione allo sviluppo*, Roma, 1985.

alle riunioni in qualità di "esperti" o per segnalare eventuali violazioni dei diritti delle minoranze.

La collaborazione con la SdN ha permesso di offrire un contributo ancora più significativo nel settore della tutela dei diritti umani, settore in cui sono protagoniste ancora oggi: tra i loro successi, già nei primi di attività, possiamo ricordare nel 1921 la creazione dell'Alto Commissariato per i rifugiati, nel 1924 l'adozione della prima Carta internazionale sui diritti dell'infanzia (Dichiarazione di Ginevra) e nel 1926 l'elaborazione della Convenzione sulla schiavitù.[11]

Inoltre, è proprio in questo periodo, grazie ai rapporti con l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, fondata nello stesso anno della SdN, che sorge il modello delle relazioni consultive, cioè la base a cui si sono ispirate le varie forme di cooperazione sviluppatesi nei decenni successivi.

Dopo l'arresto causato dalla Seconda guerra mondiale, è stata l'ONU a diventare il principale partner delle ONG. Valutata positivamente la precedente esperienza di consultazione da parte dell'OIL, questa ha incluso espressamente nell'articolo 71 della propria Carta la possibilità per il Consiglio economico e sociale dell'Organizzazione (ECOSOC) di consultare le ONG interessate nelle proprie materie di competenza.[12]

Tale cooperazione però, diversamente dal passato, è stata disciplinata in maniera dettagliata: il primo passo è stato formalizzare e circoscrivere il ruolo consultivo delle organizzazioni, essendo a queste espressamente permesso di partecipare attivamente alle riunioni, con annessa facoltà di intervenire e proporre argomenti di discussione, ma allo stesso tempo precluso ogni potere di negoziazione e decisione.

Il secondo passo, al fine di operare una distinzione nella vasta moltitudine di organizzazioni esistenti, è stata l'instaurazione di una procedura di accreditamento per verificare la presenza di determinati requisiti, quali il perseguimento di fini conformi

[11] Per un chiarimento circa il concreto contributo offerto delle ONG, si veda CHARNOVITZ, *Two centuries of participation: NGOs and International Governance*, 1997, pp. 228-229

[12] Carta delle Nazioni Unite, art. 71: *«The Economic and Social Council may make suitable arrangements for consultation with non-governmental organizations which are concerned with matters within its competence. Such arrangements may be made with international organizations and, where appropriate, with national organizations after consultation with the Member of the United Nations concerned».*

allo spirito della Carta delle Nazioni Unite, una positiva reputazione internazionale, e la provenienza di finanziamenti da fonte esclusivamente privata, in modo da evitare indebite ingerenze da parte dei governi.

Infine, tra tutte le ONG accreditate è stata inoltre creata una gerarchia, dal cui inserimento derivavano differenze nell'attribuzione dei poteri: all'apice si trovavano quelle con status consultivo generale, *«aventi interesse nella maggior parte delle attività dell' ECOSOC e dei suoi organi sussidiari, che in tali materie avessero dato un considerevole contributo al raggiungimento dei fini delle Nazioni Unite, fossero strettamente coinvolte nella vita economico-sociale dei popoli delle aree geografiche di appartenenza, e ampiamente rappresentative di ampi settori della popolazione in un considerevole numero di paesi»*[13]; al secondo posto quelle con status consultivo speciale, cioè organizzazioni che, pur possedendo una positiva fama internazionale, non operavano attivamente in tutti i settori di attività del Consiglio; infine, il gruppo che racchiudeva qualsiasi ONG idonea a collaborare con l'ONU, anche se solo occasionalmente.

Unico dovere che accomunava tutte le organizzazioni era quello di presentare un rapporto sulle proprie attività con cadenza quadriennale, dalla cui valutazione sarebbe dipesa la continuazione o la revoca dello status consultivo.

Sembra quindi evidente che la cooperazione con le ONG è sempre stata tenuta in alta considerazione dall'ONU, e tale sistema giudicato tanto efficiente da diventare in futuro un modello per molti altri organismi internazionali, tra i più importanti l'Organizzazione degli Stati Americani[14] e il Consiglio d'Europa[15].

---

[13] TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, 2013 CEDAM, p. 50.

[14] Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani, Art. 91(d): *«Prepare, at the request of the Member States and with the cooperation of the appropriate organs of the Organization, draft agreements to promote and facilitate cooperation between the Organization of American States and the United Nations or between the Organization and other American agencies of recognized international standing. These draft agreements shall be submitted to the General Assembly for approval»*

[15] Il primo riconoscimento ufficiale del ruolo di organismo consultivo deriva dalla risoluzione n. (51)30F del maggio 1951, adottata dal Comitato dei Ministri e titolante "*Relations with International Organisations, both Intergovernmental and non-governmental";* nel 1972 una viene approvata la nuova risoluzione n. (72)35, titolante *"Relations between the Council of Europe and international non-governmental organisations"* che approfondisce la natura del rapporto tra il CdE e le ONG. Lo stesso CdE ha inoltre attribuito grande importanza alla riparazione del rapporto tra gli Stati e le ONG impegnate nel Mediterraneo, come evidente dalla lettura delle Raccomandazioni pubblicate quest'anno. Per una lettura più completa sul contenuto delle Raccomandazioni, v. supra, Cap. V. §§ C)2.2.

Il successo del sistema consultivo però, se da un lato ha cementificato la collaborazione tra entità governative e private, dall'altro ha finito anche con il precludere alle ONG la possibilità di avere un ruolo partecipativo primario nello scenario internazionale.

Una svolta in tal senso è giunta solo con la "Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano" del 1972, dove le ONG hanno contribuito in maniera decisiva a costruire le basi di un settore in cui poi sarebbero rimaste sempre protagoniste indiscusse[16].

Ed è stato proprio nelle molte simili conferenze successive riguardanti temi di rilevanza globale che queste hanno offerto il contributo più rilevante, anche grazie a un cambio di mentalità degli Stati che, progressivamente, si sono aperti a una partecipazione più diretta delle organizzazioni, consentendo loro di intervenire non solo nella redazione degli strumenti normativi, specialmente nel settore dell'ambiente e dei diritti umani, ma anche nell'attività di monitoraggio e denuncia degli illeciti internazionali.

Questa rinnovata collaborazione ha trovato il proprio culmine nella "Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite", tenutasi a Rio De Janeiro nel 1992, e nella "Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani" avvenuta a Vienna l'anno successivo, riguardanti rispettivamente i due settori appena citati.

Durante la prima gli Stati partecipanti hanno predisposto un programma d'azione, detto Agenda 21[17], in cui le ONG erano ufficialmente riconosciute come partner delle Nazioni Unite nella realizzazione dello sviluppo sostenibile, e contemporaneamente tutti gli Stati venivano invitati a garantirne la partecipazione effettiva in questo tema; l'importanza del potenziale valore collaborativo delle ONG è stato poi rimarcato in maniera analoga nella successiva Conferenza di Vienna[18].

[16] Il risultato della Conferenza si è concretizzato nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano del 1972, che ha fissato per la prima volta i cardini della materia, partendo dal *«bisogno di prospettive e principi comuni al fine di inspirare e guidare i popoli del mondo verso una conservazione e miglioramento dell'ambiente umano»*, come indicato nell'introduzione della stessa.
[17] UN Doc. A/Conf. 151/26, cap. 27. Il testo integrale in lingua inglese è consultabile presso il sito www.un.org/development/desa.
[18] *Vienna Declaration and Programme of Action*, UN Doc. A/Conf. 157/22, par.38

Nel periodo successivo, tuttavia, pur non mancando tentativi di riforma volti a formalizzare questa rinnovata e più ampia partecipazione diretta, la generale opposizione degli Stati ha frenato il compiersi di questo passo, costringendo i vari organi internazionali che intendessero valorizzare il ruolo delle ONG ad utilizzare forme di collaborazione indiretta.

In particolare, all'interno delle Nazioni Unite, la disciplina dell'art. 71 è rimasta pressoché invariata, per cui è diventato consuetudine l'utilizzo di alcuni espedienti, quali sospensioni temporanee delle sedute, incontri informali organizzati da uno degli Stati membri (c.d. "*Arria Meetings"*, dal nome dell'ideatore del metodo, ossia l'ambasciatore del Venezuela, Diego Arria, nel 1992), e riunioni periodiche tra i rappresentanti degli Stati e delle ONG, che permettessero di sfruttare l'indiscusso contributo che queste erano in grado di fornire.

3. Il ruolo odierno nello scenario internazionale

Nel periodo moderno, non è ormai difficile identificare in cosa consista concretamente il contributo delle ONG: esse sono attrici primarie nelle fasi di elaborazione, di accertamento, e osservanza delle norme internazionali.

In ognuna di queste fasi, tra l'altro, è possibile distinguere tra le attività che sono svolte direttamente dalle organizzazioni, senza l'intermediazione degli Stati, da quelle che si concretizzano solo nell'assistenza e influenza degli attori coinvolti nel processo decisionale, e ancora diverse le forme di contributo autonomo, cioè portate avanti in maniera totalmente indipendente, all'esterno del sistema normativo.

3.1. L'ELABORAZIONE DELLE NORME INTERNAZIONALI

Anche se non esiste una vera e propria procedura formale che coinvolga le ONG nel processo legislativo internazionale, si può dire che sia ormai prassi globalmente accettata favorire la partecipazione di queste entità a diversi livelli.

Generalmente viene concessa loro la facoltà di partecipare attivamente alle riunioni, anche presentando proposte e progetti di trattati o strumenti giuridicamente non vincolanti, siano questi redatti interamente dalle organizzazioni o frutto di un

lavoro di collaborazione con organi internazionali; tale facoltà trova fondamento a volte nel possesso di competenze specialistiche sul tema in questione, altre nella capacità di rappresentare gli interessi in gioco.

Possiamo fare due esempi che sottolineano la differenza tra i due tipi di coinvolgimento.

Il primo è quello delle ONG che hanno collaborato alla stesura della Convenzione sui diritti dell'infanzia nel 1978: considerando che molte organizzazioni erano già attive nel settore da anni, (basti ricordare che si deve alla ONG "*Save the children"* la stesura della prima "Dichiarazione universale sui diritti del fanciullo" tre decenni prima) la loro competenza tecnica è stata ritenuta fondamentale dalla Commissione sui diritti umani delle Nazioni Unite che ha deciso di coinvolgerle in tutte le fasi cruciali del procedimento.

Queste hanno svolto non solo attività di assistenza tecnica ma anche e soprattutto di mediazione politica, in un settore che all'epoca si trovava estremamente diviso tra Paesi occidentali e Paesi socialisti, senza dimenticare che alcune disposizioni della Convenzione, ad esempio l'art. 24 par. 3, dedicato all'abolizione delle pratiche tradizionali pregiudizievoli per la salute dei minori, possono essere interamente ricondotte all'iniziativa delle organizzazioni non governative[19].

Un caso esemplificativo del secondo tipo di coinvolgimento è invece la "Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2007": il livello di apprezzamento del dialogo instaurato con le ONG rappresentative della categoria in questione può desumersi non solo dal fatto che ben dodici organizzazioni erano state incluse nel gruppo ristretto incaricato di redigere il progetto iniziale, ma anche dall'adozione, da parte dell' Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del principio di consultazione, principio che si è concretizzato in una serie di misure volte a includere il maggior numero possibile di ONG impegnate nel settore della disabilità, anche se prive della qualifica di status consultivo.

Il contributo indiretto invece si articola principalmente in tre modalità: la prima è la definizione dell'agenda politica internazionale tramite la sensibilizzazione

[19] Per citare un significativo esempio, si deve alla ONG *International Federation of Women in Legal Careers* la proposta di introdurre un obbligo statale in materia di abolizione delle mutilazioni genitali femminili.

dell'opinione pubblica su un determinato problema, accompagnata da un'opera di pressione nei confronti dei governi affinché la soluzione proposta sia da questi adottata; ciò è accaduto ad esempio per la fallita ratificazione del Trattato CRAMRA[20] del 1988, che autorizzava lo sfruttamento minerario della regione antartica, fallimento che viene generalmente attribuito all'opera di boicottaggio messa in atto da numerose organizzazioni ambientaliste.

La seconda modalità consiste invece in approcci meno diretti di pressione sui delegati statali. In particolare, sono definite come *"lobbying"* tutte quelle influenze informali esercitate dalle ONG nei casi in cui a queste non sia permesso di prendere formalmente parte ai lavori; a questo schema si possono ricondurre i già citati Arria Meetings.

Ultimo esempio di contributo indiretto è la cosiddetta *"new diplomacy": s*ebbene questo sia un concetto nuovo e in realtà abbastanza vago, poiché in esso si identificano in maniera generica tutte le attività di assistenza e supporto fornite agli Stati ideologicamente affini, è già possibile individuare, negli ultimi anni, alcuni casi in cui tale sistema è stato utilizzato con successo.

Nel 2008, per citarne uno, sono state le organizzazioni private a mettere in moto una vigorosa campagna finalizzata al raggiungimento di un accordo sulla messa al bando delle munizioni a grappolo, che sarebbe stato alternativo rispetto alla già esistente Convenzione sulle armi non convenzionali del 1980, andata incontro a numerosi falliti tentativi di includere tale tipo di armi.

Queste, riunitesi nella cosiddetta "Coalizione delle munizioni a grappolo", hanno lavorato insieme ai *"like-minded States"* per definire delle strategie comuni in una relazione di interdipendenza reciproca, e l'importanza della vittoriosa opera della coalizione delle ONG, culminata nella nascita della "Convenzione ONU sulle bombe a grappolo" del 2008, è stata riconosciuta nel preambolo della stessa Convenzione, dove questa venne menzionata, insieme ad altri gruppi di organizzazioni di tutto il mondo, come elementi fondamentali per la sua stesura.[21]

[20] *Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource*
[21] Convenzione ONU sulle bombe a grappolo del 2008, par. 17: «*sottolineando il ruolo della coscienza pubblica nella promozione dei principi umanitari, come dimostra l'appello per porre fine alle sofferenze causate ai civili dalle munizioni a grappolo e riconoscendo gli sforzi realizzati a tale scopo*

Infine, come già anticipato, a volte le ONG assumono iniziative completamente indipendenti dagli Stati, elaborando degli standard internazionali di condotta sotto forma di principi, linee guida, e codici, associati a sistemi di monitoraggio della loro osservanza che fanno principalmente leva sulla mobilitazione dell'opinione pubblica.

I suddetti strumenti possono avere lo scopo di codificare norme del diritto internazionale, facilitarne l'interpretazione, oppure colmare l'assenza di fonti normative.

In particolare, questi ultimi strumenti sono definiti "regolativi" e consistono di norma in codici di condotta in materia di responsabilità sociale rivolti alle imprese multinazionali. Tuttavia, a volte sono indirizzati non tanto a soggetti esterni quanto alle stesse ONG: un esempio è il codice di auto-regolamentazione[22] pubblicato nel 2004 dalla stessa Associazione mondiale delle organizzazioni non governative, valido su scala globale e comprendente disposizioni riguardanti principi, funzionamento e amministrazione interna delle organizzazioni.

3.2. L'ACCERTAMENTO DELLE NORME INTERNAZIONALI

Altro ambito in cui le ONG sono estremamente attive è quello dell'accertamento delle norme internazionali.

Esse sono infatti titolari di un autentico diritto di ricorso presso numerosi tribunali internazionali, quali, ad esempio, la Corte Europea dei Diritti Umani, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e i vari comitati istituiti dalle Nazioni Unite per la protezione dei diritti umani, ricorso che può riguardare un interesse proprio, un interesse altrui o persino un interesse oggettivo al rispetto del diritto.

Va tuttavia sottolineato che tali ricorsi non sono esperibili indistintamente davanti a tutte le corti internazionali al mondo: per esempio, mentre il primo è espressamente previsto nell' articolo 34 della CEDU, la stessa Corte ha più volte rifiutato di dichiarare la ricevibilità di ricorsi nell'interesse oggettivo[23], che

dalle Nazioni Unite, dal Comitato internazionale della Croce Rossa, dalla Coalizione contro le munizioni a grappolo e da molte altre organizzazioni non governative di tutto il mondo».

[22] Il testo originale in lingua inglese del "*Code of Ethics and Conduct for NGOs"* è disponibile presso il sito della World Association of Non-Governmental Organizations (WANGO) all'indirizzo https://www.wango.org/codeofethics/ComplianceManual.pdf

[23] Vedi Corte EDU, *Conka and Others vs Belgium,* ricorso n. 51564/99

rappresentano infatti un unicum presente solo nel sistema africano di tutela dei diritti umani.

Al di là delle varie rigidità presentate dalle diverse corti, si può affermare che la ratio giustificatrice di questa titolarità sia da ricercare nel ruolo innegabile che le ONG giocano nel buon funzionamento della democrazia e in particolare nella promozione di dibattiti pubblici e azioni collettive dei cittadini.

Inoltre, quand'anche a queste non sia permesso di partecipare come parti nel giudizio, è una prassi ormai comunemente accettata che possano comunque prestare assistenza e rappresentanza legale ai ricorrenti presso gli organismi internazionali di tutela dei diritti umani, specialmente tramite la presentazione di memorie, in qualità di "amici curiae".

Esistono infatti numerose organizzazioni composte da giuristi esperti che si impegnano nella redazione del ricorso e nel reperimento del materiale necessario per sostenerlo in giudizio, così consentendo l'accesso alla giustizia a chi altrimenti non avrebbe i mezzi per sostenere una difesa legale.

È inoltre doveroso ricordare che, in diverse occasioni in cui i normali canali giudiziari siano stati intralciati da motivazioni di natura politica, come purtroppo spesso avviene in ambito internazionale, sono state proprio le ONG a farsi carico di istituire dei tribunali speciali, anche se solamente simbolici, in modo da ottenere un oggettivo accertamento dei fatti ed evitare l'insabbiamento di numerose vicende che altrimenti sarebbero passate inosservate.

Tra tali "tribunali d'opinione" possiamo citare i primi due esempi storici, risalenti agli anni '60 e '70, e cioè cosiddetti tribunali Russell 1 e Russell 2, istituiti per giudicare rispettivamente il primo i crimini commessi dall'esercito americano nel conflitto in Vietnam, il secondo la condotta delle dittature militari in America Latina; nel corso dei decenni ne sono poi seguiti molti altri[24].

[24] Tra questi possiamo ricordare: nel 1978 sulle proibizioni professionali nella Repubblica Federale Tedesca (Francoforte); nel 1980 sull'etnocidio dei popoli amerindi (Rotterdam); nel 1982 sulle vicende del Congo, per giudicare i crimini del regime di Mobutu Sese Seko, presidente dello Zaire; nel 2001 sui diritti umani in psichiatria (Berlino); tra il 2003 e il 2005 sull'aggressione militare all'Iraq (Bruxelles, Istanbul); tra il 2009 e il 2014 sulle violazioni del diritto internazionale da parte di Israele nella Striscia di Gaza situazione in Palestina (Barcellona, Londra, Città del Capo, New York, Bruxelles).

3.3. L'OSSERVANZA DELLE NORME INTERNAZIONALI

Infine, come già anticipato, le ONG sono coinvolte anche nella promozione dell'osservanza delle norme internazionali e, in misura preponderante, nei settori della salvaguardia ambientale e della tutela dei diritti umani.

Senza soffermarci sui dettagli di natura procedurale che consentono alle ONG di attivare i meccanismi internazionali di controllo, basti ricordare in questa sede che in determinati casi esse possono esserne legittimate qualora possiedano un interesse specifico a ricorrere, come previsto per esempio dalla procedura del Panel d'ispezione della Banca Mondiale, rivolta a qualunque individuo che abbia subito un danno derivante da una sua azione illegittima, ONG comprese.

Altre volte, in maniera similare al tipo di ricorso già menzionato nel paragrafo precedente, è sufficiente un mero interesse al rispetto della legalità, ma condizionato, in questo caso, dal possesso di competenze specifiche; così si articola in particolare la prassi del Comitato europeo dei diritti sociali[25], che include anche le organizzazioni aventi statuto partecipativo presso il Consiglio d'Europa e iscritte in un'apposita lista redata da un Comitato intergovernativo *ad hoc.*

Un esempio di contributo autonomo particolarmente apprezzato nella fase dell'osservazione delle norme si esplica nei rapporti che gli Stati inviano periodicamente ai comitati delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti umani.

Le ONG, infatti, non solo partecipano alla stesura delle questioni cui gli Stati dovranno fare menzione nel rapporto, ma è prassi che queste compilino a loro volta dei rapporti alternativi che saranno poi confrontati dai suddetti comitati al fine di verificare la veridicità e completezza di quelli statali.

Infine, bisogna ricordare che molte organizzazioni hanno istituito dei meccanismi non governativi indipendenti di monitoraggio che interagiscono con quelli ufficiali.

[25] Molto esplicativo in tal senso il Preambolo del Protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea che prevede un sistema di reclami collettivi (1995): *«The member States of the Council of Europe (…), resolved to take new measures to improve the effective enforcement of the social rights guaranteed by the Charter; considering that this aim could be achieved in particular by the establishment of a collective complaints procedure, which, inter alia, would strengthen the participation of management and labour and of non-governmental organisations»*

Alcuni di questi rapporti sono formali, come tra TRAFFIC e la CITES, entrambi impegnati nella lotta al traffico illecito di fauna e flora protetti, che dialogano stabilmente in virtù di un Memorandum of Understanding del 1999[26]; altri sono invece di natura informale, ma non per questo di secondaria importanza; sono infatti ampiamente utilizzati i rapporti di TRANSPARENCY INTERNATIONAL per la lotta alla corruzione a livello globale da numerosi organi internazionali, tra cui quelli operanti nel quadro della Convenzione OCSE.[27]

4. L'avvio delle operazioni nel Mediterraneo e la conflittuale collaborazione con l'UE

Lo scopo dell'*excursus* storico sopra esposto era quello di far risaltare quanto le ONG, sebbene riapparse sotto i riflettori solo negli ultimi anni, siano state in realtà attrici primarie del teatro internazionale per tutto il secolo scorso, nonché da sempre indiscusse protagoniste nella tutela dei diritti umani.

Ragion per cui, davanti a questa nuova crisi umanitaria, è stata ben poca la sorpresa per l'arrivo delle organizzazioni non governative nel Mediterraneo, ma al contrario queste sono state immediatamente accolte e impiegate per integrare e fornire supporto alle forze schierate dagli Stati membri nelle operazioni gestite prima dall'Italia e poi dalla apposita Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, denominata FRONTEX.

L'Agenzia, istituita, nella sua versione attuale, con il regolamento UE n. 2016/1624, descrive la propria missione, ossia la gestione europea integrata delle frontiere, all'art. 4[28], come:

a) controllo di frontiera, comprese, se del caso, misure volte ad agevolare l'attraversamento legittimo delle frontiere e misure connesse alla

[26] Si fa riferimento al "*Memorandum of Understanding Concluded Between Traffic International, on Behalf of The Traffic Network, and The United Nations Environment Programme, Secretariat of the Convention o n International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora"*, 01/11/99

[27] Per una dettagliata analisi pubblicata dalla stessa OCSE, v. OCSE, *Fighting Corruption: What Role For Civil Society? The Experience of the OECD,* in www.oecd.org, 2003.

[28] Reg. (UE) n. 2016/1624 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, art. 4.

prevenzione e all'individuazione della criminalità transfrontaliera, come il traffico di migranti, la tratta di esseri umani e il terrorismo, e misure relative all'orientamento in favore delle persone che necessitano di protezione internazionale o intendono presentare domanda in tal senso;

b) operazioni di ricerca e soccorso per le persone in pericolo in mare, avviate e svolte a norma del regolamento UE n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e del diritto internazionale, che hanno luogo e sono avviate in situazioni che possono verificarsi nel corso di operazioni di sorveglianza delle frontiere in mare;
c) analisi dei rischi per la sicurezza interna e analisi delle minacce che possono pregiudicare il funzionamento o la sicurezza delle frontiere esterne;
d) cooperazione tra gli Stati membri sostenuta e coordinata dall'Agenzia;
e) cooperazione inter-agenzia tra le autorità nazionali di ciascuno Stato membro responsabili del controllo di frontiera o di altri compiti svolti alle frontiere e tra le istituzioni, gli organi, gli organismi e i servizi dell'Unione competenti, compreso lo scambio regolare di informazioni tramite gli strumenti di scambio di informazioni esistenti, ad esempio il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere («EUROSUR») istituito dal regolamento UE n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio;
f) cooperazione con i paesi terzi nei settori contemplati dal presente regolamento, con particolare attenzione ai paesi del vicinato e ai paesi terzi che sono stati individuati tramite un'analisi dei rischi come paesi di origine e/o di transito dell'immigrazione illegale;
g) misure tecniche e operative nello spazio Schengen che sono connesse al controllo di frontiera e destinate ad affrontare meglio l'immigrazione illegale e a combattere la criminalità transfrontaliera;
h) rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggetti a decisioni di rimpatrio adottate da uno Stato membro;
i) uso di tecnologie avanzate, compresi sistemi d'informazione su larga scala;
j) un meccanismo di controllo della qualità, in particolare il meccanismo di valutazione Schengen ed eventuali meccanismi nazionali, per garantire l'applicazione della normativa dell'Unione nel settore della gestione delle frontiere;

k) meccanismi di solidarietà, in particolare gli strumenti di finanziamento dell'Unione.

Data l'evidente vastità dei compiti attribuiti all'Agenzia, è già più facile intuire quella che si è rilevata essere una delle cause di conflitto più ricorrenti tra questa, le forze italiane e le ONG: la differenza di priorità.

Il problema non è sorto però già nelle fasi iniziali della crisi, ma solo in un momento successivo; infatti la primissima operazione (esclusivamente italiana) Mare Nostrum, inaugurata dal governo Letta il 14 ottobre 2013, e le operazioni Aeneas e Hermes, contemporanee ma gestite invece da FRONTEX e attive su rotte diverse[29], condividevano tutte l'obiettivo di salvaguardare le vite in mare e ad assicurare alla giustizia tutti coloro che lucravano sul traffico illegale dei migranti.

Il momento di svolta è giunto tra la fine del 2014 e l'inizio del 2015, quando sono state tutte assorbite dall'operazione europea congiunta Triton. In questo momento si registra la prima deviazione della funzione ufficiale dell'operazione, dal salvataggio in mare al controllo delle frontiere, cioè la missione istituzionale dell'Agenzia, rendendo le operazioni di ricerca e soccorso solo un obiettivo secondario[30].

Ciò traspare chiaramente, oltre che dal budget estremamente ridotto, dal fatto che le navi, ormai tutte sotto la direzione di FRONTEX, avevano l'obbligo di mantenersi in un'area entro 30 miglia marine dalle coste italiane, con la possibilità di allontanarsi solo in caso di richieste urgenti di soccorso, ma senza stazionare mai a sud a ridosso delle coste libiche come invece era previsto per i pattugliamenti di Mare Nostrum.

La situazione è rimasta tale fino al 1° gennaio 2018, quando a Triton è subentrata l'operazione Themis, frutto di un accordo tra il Viminale e l'agenzia europea: la nuova intesa, seguendo il solco tracciato dall'esperienza precedente, riduceva ancora una volta l'area di pattugliamento, questa volta a 24 miglia nautiche, e, per la prima volta dall' inizio della crisi migratoria, prevedeva che i rifugiati non

[29] Le due operazioni erano rispettivamente specializzate sui traffici provenienti dal Mar Ionio e dalle coste della Tunisia, Libia e Algeria.

[30] *Cosa prevede la missione Triton, 2014,* in www.internazionale.it, 31 ottobre 2014. L'articolo riporta l'annuncio dell'allora Ministro dell'Interno, Angelino Alfano, secondo cui Triton *«non svolgerà le funzioni di Mare nostrum. Costa un terzo e non è a carico solo dell'Italia, con enorme risparmio per noi. Farà ricerca e soccorso nei limiti del diritto internazionale della navigazione che impone il dovere di soccorrere chi è in difficoltà in mare».*

sarebbero dovuti attraccare necessariamente in Italia ma nel porto più vicino al punto di salvataggio, dettaglio non secondario vista la nota riluttanza dei Paesi europei ad accoglierli.[31]

In tutte queste operazioni, oltre ai mezzi messi volontariamente a disposizione dagli Stati europei partecipanti, sono stati cruciali gli sforzi profusi dalle organizzazioni non governative che hanno contribuito attivamente sotto il coordinamento dell'Italian Maritime Rescue Coordination Centre (IMRCC), rappresentato dal Comando generale della Guardia costiera con base a Roma.

Esse sono state responsabili, solo nel 2017, del salvataggio di oltre 47.000 persone, seguendo una consuetudine marittima ormai adamantina che obbliga qualsiasi nave, civile o militare, che si trovi nelle vicinanze di un'imbarcazione in pericolo, a prestarle soccorso se in possesso dei mezzi per farlo.

Tale prassi è stata negli anni codificata sia in numerose convenzioni internazionali, tra le quali ricordiamo la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare[32], la Convenzione sulla ricerca ed il salvataggio marittimo[33], e la Convenzione ONU sul Diritto del Mare[34], sia nel diritto interno, giacché il codice italiano della navigazione impone all'art. 69[35] l'obbligo dello Stato di prestare soccorso a navi in pericolo e a naufraghi, estende lo stesso obbligo ai privati all'art. 489[36] e ne punisce penalmente l'omissione all'art. 1158[37] con la reclusione fino ai due anni.

Pare quindi evidente che la condotta delle ONG, oltre ad essere moralmente difficile da biasimare, sia anche supportata da numerose fonti del diritto su svariati

---

[31] *Al via Themis, la nuova operazione navale di Frontex*, in www.interno.gov.it, 13 febbraio 2018.
[32] International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974
[33] SAR- International Convention on Maritime Search and Rescue, Amburgo, 1979
[34] UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 1982
[35] Cod. nav. art. 69 comma 1: *«L' autorità marittima, che abbia notizia di una nave in pericolo ovvero di un naufragio o di altro sinistro, deve immediatamente provvedere al soccorso e, quando non abbia a disposizione né possa procurarsi i mezzi necessari, deve darne avviso alle altre autorità che possano utilmente intervenire».*
[36] Cod. nav. art. 489 comma 2: *«Il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla».*
[37] Cod. nav. art. 1158 comma 1: *«Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionali o stranieri, che omette di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice, è punito con la reclusione fino a due anni.»*

livelli, e sorge spontaneo chiedersi da dove sia scaturito l'odierno clima di diffidenza, se non di aperta ostilità, che è stato loro riservato da alcune correnti della politica e della stampa nazionali in tutta Europa, sfociato persino in numerosi procedimenti giudiziari e previsioni legislative *ad hoc*.

5. *Le divergenze con FRONTEX: le due accuse*

5.1. LA RESPONSABILITÀ DI PULL FACTOR

Il repentino cambio d'opinione nei confronti delle organizzazioni umanitarie ha avuto origine con la pubblicazione del rapporto *Risk Analysis for 2017*[38] da parte di FRONTEX il 15 febbraio 2017, il quale ha annotato una drastica inversione nel *trend* del modus operandi dei trafficanti di migranti, e i conseguenti effetti sulle operazioni SAR (Search And Rescue).

In particolare, il rapporto ha sottolineato che, tra la fine del 2015 e l'inizio del 2016, le navi delle ONG, prima coinvolte in meno del 5% degli eventi di soccorso, sono salite all'impressionante quota del 40% a discapito di quelli portati a termine dalle navi appartenenti alle forze congiunte europee, e contemporaneamente si è verificata una riduzione, dal 70% al 10%, delle chiamate satellitari di soccorso ricevute dal centro di coordinamento di Roma, derivante senza dubbio da un cambio di istruzioni impartite dagli scafisti ai passeggeri[39].

Il rapporto lascia intendere l'esistenza di un collegamento tra la presenza delle ONG a meno di 12 miglia dalle acque territoriali libiche, presenza raddoppiata rispetto all'anno precedente, e l'enorme aumento di partenze operate dalle medesime coste, aggiungendo che i salvataggi successivi al periodo anzidetto erano stati portati a termine senza alcuna ufficiale richiesta di soccorso o indicazione della posizione dell'imbarcazione in difficoltà.

---

[38] Il rapporto completo, in lingua inglese, è consultabile al sito ufficiale di FRONTEX, all'indirizzo web https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf

[39] FRONTEX, Risk analysis for 2017, p. 32: *«From June until October 2016, however, the pattern was reversed. Satellite phone calls to MRCC Rome decreased sharply to 10% and NGO rescue operations rose significantly to more than 40% of all incidents. Since June 2016, a significant number of boats were intercepted or rescued by NGO vessels without any prior distress call and without official information as to the rescue location. NGO presence and activities close to, and occasionally within, the 12-mile Libyan territorial waters nearly doubled compared with the previous year, totalling 15 NGO assets (14 maritime and 1 aerial). In parallel, the overall number of incidents increased dramatically»*.

Viene anche affermato che è stata proprio la presenza delle navi umanitarie così vicine alla costa ad aver permesso ai trafficanti di utilizzare imbarcazioni fatiscenti e quindi poco costose, rafforzando il loro modello di business e rendendo molto più difficile arginare il fenomeno dell'immigrazione illegale.

L'accusa lanciata da FRONTEX non è nuova, ma anzi deriva da una differenza di vedute nota già da diversi anni, rilevabile da numerosi indizi e dichiarazioni precedenti al rapporto: innanzitutto è da considerare la già menzionata diversa portata delle operazioni SAR europee rispetto a quelle umanitarie; particolarmente illuminante in tal senso una lettera di richiamo inviata nel dicembre 2014 dall'allora direttore della divisione operativa dell'agenzia, Klaus Rosler, a Giovanni Pinto, direttore centrale del Dipartimento dell'Immigrazione e della Polizia delle frontiere del Viminale, in cui si esprimeva preoccupazione *«per i ripetuti interventi "fuori area" nel Mediterraneo oltre le 30 miglia marine dalle coste italiane»*[40].

Precisamente, essa recita: *«Frontex ritiene che una telefonata satellitare non possa considerarsi di per sé un evento di search and rescue e raccomanda dunque che siano intraprese azioni per investigare e verificare, e solo in seguito, in caso di difficoltà, attivare un altro assetto marittimo. Frontex, inoltre, non considera necessario e conveniente sotto il profilo dei costi l'utilizzo di pattugliatori (offshore patrol vessel) per queste attività di verifica iniziale al di fuori dell'area. […] Le istruzioni impartite alle navi di portarsi in zone poste fuori dall'area operativa di Triton per prestare soccorso a imbarcazioni in difficoltà non sono coerenti con il piano operativo, e purtroppo non saranno prese in considerazione in futuro»*[41].

In altre parole, la lettera chiarisce che la linea d'azione di FRONTEX ha dettato ormai uno standard molto più alto per innescare un'operazione SAR, poiché non viene più considerata sufficiente una chiamata satellitare, ma è necessaria un'azione preliminare di verifica, azione che però non può essere effettuata tramite pattugliatori, metodo sicuramente efficace ma giudicato troppo oneroso; se a questo si aggiunge il già menzionato divieto di mantenere delle imbarcazioni fuori dalla zona delle 30 (o

[40] *Immigrati, Frontex 'preoccupata' per troppi interventi fuori area*, in www.adnkronos.it, *09/12/2014.*

[41] *Perché danno fastidio le Ong che salvano i migranti in mare?, in Associazione diritti e frontiere-ADIF*, www.a-dif.org, 9 marzo 2017.

24) miglia, il divario con il modus operandi delle ONG, motivate unicamente dallo scopo umanitario, non può essere più evidente.

La lettera è stata poi seguita da altre dichiarazioni e interviste da parte di numerosi esponenti dell'agenzia europea, che, in maniera più o meno velata, hanno avallato i dubbi già esistenti sull'operato delle ONG: per prima la portavoce dell'agenzia Ewa Moncure, la quale si è rifiutata di commentare espressamente i risultati di un'inchiesta portata avanti dal Financial Times, poiché questa era basata su un rapporto interno mai confermato.[42]

Inutile dire che la mancata smentita ufficiale dell'inchiesta non ha favorito il clima di sospetto che andava alimentandosi, nonostante lo stesso Financial Times abbia poi rettificato il proprio articolo, affermando di aver esagerato il contenuto dei rapporti[43] nei quali, secondo la loro ricostruzione, si accusavano le ONG non solo di guidare i trafficanti verso le proprie imbarcazioni, ma anche allo stesso tempo di rifiutarsi di collaborare con le forze di polizia.

Successivamente, lo stesso direttore di FRONTEX, Fabrice Leggeri, intervistato dal quotidiano tedesco "Die Welt" una settimana dopo la pubblicazione del rapporto *"Risk Analysis for 2017*", ha affermato che le ONG coinvolte nelle operazioni di salvataggio nelle acque prospicienti la Libia incoraggiavano il traffico di esseri umani e in più collaboravano in modo inefficiente con le agenzie di sicurezza, rendendo quindi impossibile stabilire l'origine dei migranti o la rotta dei trafficanti.[44]

Tra i rappresentanti delle organizzazioni che hanno replicato subito alle accuse rivoltegli possiamo evidenziare Francesco Gatti, coordinatore di Open Arms che è stato ascoltato dai senatori in una serie di audizioni.

Questi ha obiettato che il motivo del cambio di modello di business dei trafficanti sia da ricercarsi non tanto sulla propria presenza a ridosso delle coste libiche, tra l'altro non solo giustificata dall'esigenza di salvare più vite possibili ma anche pienamente permessa dalle varie fonti già citate, quanto dai risultati dell'operazione

[42] *Perché danno fastidio le Ong che salvano i migranti in mare?, in Associazione diritti e frontiere-ADIF*, in *www.a-dif.org*, 9 marzo 2017.
[43] *Le accuse contro le ong, smontate*, in *www.ilpost.it*, 3 maggio 2017
[44] Per un approfondimento circa il conflitto tra le ONG e l'Agenzia Frontex si veda *NGO rescues off Libya encourage traffickers, says EU borders chief,* in *www.theguardian.com*, 27 febbraio 2017, o ancora *Sulla partita dei migranti si gioca l'idea di Europa,* in *www.repubblica.it*, 13 maggio 2019.

europea parallela EUNAVFOR MED, anche conosciuta come Sophia, in atto dal 2015, volta proprio a distruggere tutte le imbarcazioni con cui le forze europee venivano in contatto, impedendo ai trafficanti di riutilizzarle come da prassi e costringendoli invece ad utilizzare altri mezzi di trasporto meno costosi.[45]

Lo stesso comandante dell'operazione Sophia, Amm. Enrico Credendino, ha rivendicato i propri successi. Intervistato a un anno dal suo avvio[46], periodo che coincide perfettamente con quello preso in considerazione dalla famosa "*Risk Analysis"* di FRONTEX, l'ammiraglio ha parlato di oltre 200 imbarcazioni sistematicamente sequestrate grazie non solo all'opera coordinata di oltre 24 Paesi dell'Unione, ma anche delle stesse ONG che vengono espressamente menzionate: «*Anche la cooperazione con le ONG attraverso lo scambio di informazioni sul nostro forum comune SHADE MAD è essenziale. Lì i nostri 'working group' in costante contatto si coordinano per operare il più efficacemente possibile ed è un nostro grande punto di forza. All'ultimo appuntamento del Forum SHADE MED lo scorso maggio hanno partecipato ben 145 rappresentanti da 74 diverse organizzazioni civili, militari e non governative. Questo ha portato non pochi vantaggi nella cooperazione per contrastare sempre più efficacemente il traffico di esseri umani*».

Inoltre, sempre con riguardo all'eventuale responsabilità in qualità di *pull factor*s, sono in realtà diversi gli studi che hanno escluso qualsiasi correlazione tra la presenza delle navi umanitarie e il numero di partenze dalle coste africane: possiamo citare in proposito uno studio approfondito portato avanti da Matteo Villa[47], ricercatore dell'Ispi (Istituto per gli studi di politica internazionale) , giunto a tale conclusione dopo aver analizzato tutti i dati raccolti dalla Guardia Costiera italiana, dall'Oim (Organizzazione internazionale per le migrazioni) e dall'Unhcr (Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati), dal gennaio del 2016 all'ottobre del 2018.

Questo e altri studi facilmente reperibili[48] dimostrano quindi la marginalità dei *pull factors* come variabili in rapporto ai flussi migratori, spostando invece l'attenzione

---

[45] *Perché le ong che salvano vite nel Mediterraneo sono sotto attacco,* in *www.internazionale.it*, 22 aprile 2017.

[46] *Intervista al comandante dell'operazione EUNAVFOR MED "Sophia", ammiraglio Enrico Credendino,* in www.difesaonline.it, 3 agosto 2016.

[47] Il grafico, contenuto in un post twitter, è consultabile all'articolo, *Le navi delle ong influiscono sulle partenze di migranti dalla Libia?,* in www.internazionale.it, 21 gennaio 2019.

[48] Ibid. L'articolo riporta altri due esempi: *«Un'analisi simile era stata pubblicata nel giugno del 2017 da Lorenzo Pezzani e Charles Heller della Forensic oceanography del Goldsmiths college*

sulla loro controparte, ossia i fattori che spingono i migranti a lasciare i paesi d'origine (*push factors*), come ad esempio l'insorgere di instabilità politica, conflitti, dittature, cambiamenti climatici e pressione demografica, che sono troppo spesso trascurati dai mezzi di informazione.

5.2. L'ACCUSA DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE: SPUNTI DI RIFLESSIONE

Per quanto interessante e sicuramente degno di nota al fine di spiegare il contesto in cui si ambienta questa trattazione, l'accertamento dell'eventuale effetto incentivante dell'immigrazione causato dalle ONG appartiene di certo a ragionamenti che si avvicinano più alle scienze politiche che al diritto in senso proprio.

Ragion per cui è in realtà la seconda accusa che traspare dai rapporti di FRONTEX che sarà trattata nel dettaglio: l'oggetto di questo elaborato sarà infatti quello di verificare, mettendo a confronto la condotta delle ONG con le fonti del diritto in materia e la giurisprudenza esistente, se questa possa essere ricondotta alla fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina enunciata all'articolo 12 del Testo unico sull'Immigrazione, e se, pure giungendo a tale conclusione, sarebbe comunque possibile invocare le scriminanti ex art. 51 c.p. (Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere) e 54 c.p. (Stato di necessità).

La questione, lungi dall'essere di immediata soluzione, è stata argomento di numerose elaborazioni dottrinali e di altrettante vicende giudiziarie, ma in questa sede può già essere introdotta a grandi linee: la prima criticità da affrontare riguarda innanzitutto una pacifica definizione della fattispecie, a partire dal bene giuridico tutelato, la natura del reato e la consumazione.

La corretta individuazione del primo aspetto è propedeutica a determinare dove si celi esattamente il disvalore dell'art 12 T.U.I. e quindi costituisce il primo passo per individuare gli elementi necessari a ritenere la condotta concretamente offensiva.

---

dell'università di Londra. L'analisi di Heller e Pezzani ha dimostrato che un aumento degli arrivi era già stato registrato nel biennio 2014-2015, quando ancora non c'erano navi delle organizzazioni umanitarie davanti alle coste libiche. Questo elemento è stato in parte riconosciuto dalla stessa Frontex, che nel documento Annual risk analysis 2017 aveva scritto: "Il Mediterraneo centrale è diventato la rotta principale dei migranti africani verso l'Europa e per lungo tempo sarà così"».

Tradizionalmente, alcuni individuano genericamente come bene tutelato l'ordine pubblico[49], altri specificatamente come l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori[50], e la questione non è secondaria in quanto solleva subito dubbi sulla portata della fattispecie: può infatti considerarsi di per sé offensiva la condotta delle ONG, quando queste si limitino a consegnare i migranti recuperati alle autorità italiane, quindi di fatto non eludendo ma anzi garantendo il controllo dello Stato sull'ingresso dei flussi migratori?

Non minori problemi hanno causato la definizione degli altri due aspetti appena citati, soprattutto per le conseguenze sull'estensione della giurisdizione italiana. L'orientamento maggioritario, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza[51], definisce la fattispecie in esame come un reato di pericolo e di condotta, e ritiene quindi l'effettivo ingresso nello Stato come un *post factum* non punibile; l'ovvia conseguenza è la difficoltà di giustificare la giurisdizione italiana secondo il principio di territorialità ex art. 6 c.p.[52] poiché il recupero in mare non avviene all'interno dei confini nazionali.

La successiva questione che merita una doverosa anticipazione, quantomeno in linea generale, è quella delle scriminanti succitate, sistematicamente invocate dalla difesa tecnica delle ONG nelle varie e controverse vicende giudiziarie degli ultimi anni.

Se è vero che il salvataggio in mare, secondo le modalità previste dalle fonti nazionali ed internazionali, sembri assolutamente irreprensibile, e quindi ricada entro la tutela offerta dal 51 c.p., va considerato che il legislatore ha coscientemente inserito una clausola di illiceità speciale: è la locuzione «*in violazione delle disposizioni del presente testo unico*» che trasforma una condotta perfettamente legittima in un illecito sanzionabile, «*concentrando su di sé l'intero disvalore del fatto di reato*».[53]

---

[49] BOLLONE, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano 2003, p. 212

[50] CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della legge Bossi*-Fini, in www.iusimpresa.it, 2002

[51] Cass. pen., sez. I,12 maggio 2004, n. 23210

[52] Per comodità si riporta il testo dell'art. 6 c.p.: «*Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione*».

[53] BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018

Punto focale della questione diventa quindi capire se la condotta in esame possa considerarsi una violazione del T.U., a seconda che la portata della clausola sia da intendersi come riferita all'intera fattispecie di favoreggiamento[54] o solamente all'ingresso dello straniero[55].

Ma in realtà anche tale risposta non sarebbe sufficiente. Basta notare che, negli ultimi anni, le Procure della Repubblica che si sono occupate della questione tendono sistematicamente a ritenere che nella condotta tenuta delle ONG sussistano tutti gli elementi costitutivi del favoreggiamento dell'immigrazione[56]; bisogna perciò considerare anche l'eventuale operatività della scriminante ex art. 54 c.p.

E sono numerosi i fattori da valutare in tal senso: non solo occorre provare l'esistenza di uno stato di bisogno tale da innescare l'obbligo di recupero, ma bisogna prima verificare se l'intera operazione di ricerca svolta dalle ONG in un determinato tratto di mare sia da considerarsi necessaria, in base all'efficacia con cui la zona è presidiata dalle autorità sia nazionali che europee; vanno inoltre considerate le concrete modalità con cui si è svolto il salvataggio in questione, per escludere che ci siano stati dei contatti con i trafficanti tali da far presumere una vera e propria consegna programmata.

Nuovi scenari si aprono poi con riguardo alla seconda parte della condotta, che prevede il trasporto dei migranti al primo porto sicuro, secondo quanto disposto dall'accordo italiano con FRONTEX, integrato con le norme internazionali in materia, tra le quali le già ricordate Convenzioni UNCLOS e SOLAS.

I fattori che vanno presi in considerazione in questa sede ruotano quindi attorno al concetto di porto sicuro; la necessità di uno sbarco immediato, con riferimento alle condizioni del mare, della nave e dell'equipaggio; l'offerta di servizi di prima necessità da parte degli Stati limitrofi.

Come è facile notare, trovare una soluzione pacifica alla tematica in esame è un obiettivo quanto mai ambizioso, che presenta una serie di sfide: tutti i quesiti descritti non vanno studiati isolatamente, ma al contrario devono essere intesi come

[54] Cass. pen., sez. VI, 16 Dicembre 2004
[55] Cass. pen., sez. I, 8 Maggio 2002
[56]Ci si riferisce in particolare ai procedimenti aperti dal procuratore di Catania Carmelo Zuccaro contro le ONG "Open Arms" nel 2017 e "Jugend Regget" nel 2018, che saranno analizzati nel corso della trattazione.

frammenti di un mosaico molto più ampio, in cui ogni risposta conduce a nuove possibili ricostruzioni.

E sarà esattamente in tali termini che si articolerà la ricerca nei prossimi capitoli, esplorando per gradi i principali orientamenti che negli anni hanno tentato di definire questo fenomeno così delicato e complesso, insieme ai vantaggi, le criticità, e soprattutto le conseguenze delle riposte che essi hanno da offrire.

CAPITOLO II

Controllo delle frontiere: poteri e doveri di uno Stato nel confine tra sovranità e obblighi internazionali

1. Premessa: l'enigma delle fonti

La fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è solamente una delle molteplici sfaccettature di un fenomeno molto più vasto, che va ben oltre la semplice repressione penale; l'immigrazione, considerata nella sua interezza, è infatti un fenomeno essenzialmente transnazionale, ragion per cui la sua disciplina, pur trovando ampio spazio nel nostro diritto interno, ancora prima deve essere ricostruita a partire dal diritto internazionale e da quello europeo, che abbracciano tematiche fondamentali e propedeutiche alla piena comprensione della fattispecie, quali la tutela dei diritti umani, la sovranità degli Stati e l'estensione della loro giurisdizione.

In questo capitolo ci si occuperà dunque di richiamare e confrontare la normativa esistente a livello sovranazionale, e così mettere in luce quali sono le basi (e i limiti) a cui il nostro Stato, tanto nella costruzione della normativa quanto nella sua concreta esecuzione, deve fare riferimento.

In via introduttiva sembra opportuno partire da una breve elencazione delle fonti che saranno poi descritte nel dettaglio:

- In ambito internazionale: le due fondamentali Convenzioni di Ginevra (1958) e di Montego Bay (1982), la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo (1948), la Convenzione relativa allo status dei rifugiati (1951), la Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù (1956), Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (2008), il Manuale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (2005), la circolare IMO MSC/896/1998, la Conferenza per lo sviluppo e la sicurezza dell'Adriatico e dello Ionio (2005), la Convenzione

internazionale per la sicurezza della vita in mare (1974), la Convenzione di Amburgo (1979).

- A livello europeo: il Trattato di Amsterdam (1997), il Trattato di Lisbona (2009), il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), le direttive 2002/90/CE e 2008/115/CE, il Codice delle Frontiere Schengen (2006), il Patto Europeo sull'immigrazione di asilo (2008), la Convenzione di Dublino del 1990 e le successive riforme con i regolamenti 343/2003 e 604/2013, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000) e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (1950).

2. Il diritto internazionale

Nel diritto internazionale, connotato da una natura tipicamente consuetudinaria, vige il principio pacifico che lo *ius cogens*, ossia *«l'insieme delle norme internazionali poste a tutela dei valori considerati fondamentali dalla comunità Internazionale»*[57], costituito a sua volta dalle tradizioni condivise e riconosciute dalla comunità internazionale, non possa essere derogato in alcun modo dagli Stati.

A sostegno di tale affermazione si può ricordare la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, nel quale si afferma che *«È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che può essere modificata da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere»*[58].

Il diritto internazionale marittimo, settore in cui sono racchiusi alcuni dei massimi pilastri della disciplina dell'immigrazione, non fa eccezione, essendosi formato gradualmente tramite la solidificazione delle prassi accettate e diffuse dagli

[57] S. VIGLIONE, *Jus cogens: il nocciolo duro del diritto internazionale*, in www.iusinitinere.it, 25 marzo 2019
[58] Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, art. 53

Stati marinari nel corso dei millenni, ma questa premessa non deve suggerire la mancanza assoluta di codificazione in materia; in realtà, all'interno del vasto numero di fonti che interessano l'immigrazione, possiamo ricordarne almeno due particolarmente significative che, proprio raccogliendo le principali norme consuetudinarie vigenti al tempo della propria redazione, costituiscono le fondamenta di tutta la disciplina successiva.

Esse sono in primis la Conferenza di Ginevra del 1958, la quale, grazie a un'opera congiunta degli 86 Paesi partecipanti, terminata solo nel 1966, ha costruito per la prima volta una disciplina unitaria riguardante le norme in materia di divisione delle acque e utilizzazione delle risorse biologiche marine, e in secundis la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Convenzione UNCLOS), più spesso conosciuta come Convenzione di Montego Bay, firmata nel 1982 ed in vigore dal 1994.

Soprattutto quest'ultima, anche rispetto alla prima Convenzione, sarà più volte presa come primissimo punto di riferimento nella stesura di questo capitolo, avendo essa non solo sostituito ma anche ampliato la normativa appena citata[59], arrivando a ricoprire ancora oggi una posizione preminente nel diritto marittimo ed essere considerata alla stregua di una carta costituzionale di questo settore.

Una riprova dell'autorità rivestita dalla Convenzione UNCLOS nel diritto internazionale del mare è rinvenibile nel testo stesso, e precisamente all'art. 311, che riguarda i rapporti con altre convenzioni ed accordi internazionali, sia presenti che futuri: in primis sono fatti salvi solamente gli accordi *«compatibili con la presente Convenzione e che non pregiudicano il godimento da parte degli altri Stati contraenti dei loro diritti o l'adempimento degli obblighi loro derivanti dalla presente Convenzione»*[60], e tale principio di compatibilità si estende anche ad eventuali futuri accordi in deroga della Convenzione, possibili solo se *«detti accordi non riguardino disposizioni della Convenzione la cui deroga è incompatibile con la effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo della presente Convenzione»*.

[59] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 311 n.1, dove viene espressamente stabilito che *«La presente Convenzione prevale, tra gli Stati contraenti, sulle Convenzioni di Ginevra del 29 aprile 1958 sul diritto del mare»*.
[60] Ibid.

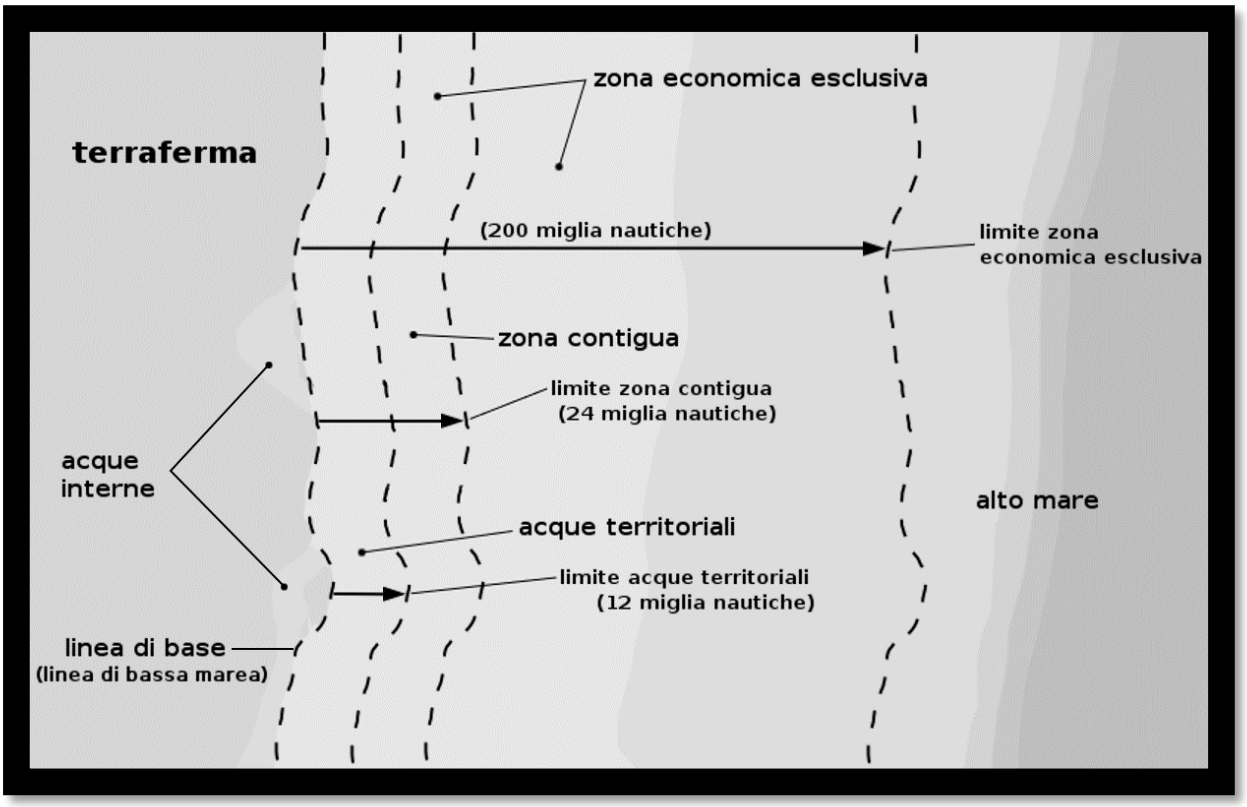
L’esplicita prevalenza della Convenzione sugli altri accordi internazionali, insieme alle garanzie, sia sostanziali che procedurali[61], poste a tutela del rispetto delle norme della Convenzione, dei suoi principi fondanti e del suo scopo ultimo, richiamano in maniera evidente le caratteristiche tipiche di una vera e propria Costituzione.

Tra le novità di spicco contenute nella Convenzione UNCLOS, rientra innanzitutto una nuova disciplina in materia di utilizzazione economica dei mari, di sfruttamento dei fondali e di protezione dell’ambiente marino, così come l’istituzione del “Tribunale internazionale del diritto del mare”, con giurisdizione obbligatoria e cogente nei confronti di tutti gli Stati firmatari della Convenzione e dei cittadini ad essi appartenenti, ma l’aspetto che sicuramente più interessa l’oggetto di questo elaborato, e come tale merita più attenta analisi, è la nuova zonazione degli spazi marittimi.

L’importanza di tale disciplina si evince partendo dalla premessa fondamentale che ad ogni zona corrispondono distinzioni nella portata dei poteri autoritativi esercitabili da parte dello Stato, che a loro volta necessariamente influiscono anche in materia di immigrazione.

[61] Ibid. Per le garanzie di natura procedurale sancite all’art. 311 si riporta il testo del n.4 dell’articolo: *«Gli Stati contraenti che intendono concludere uno degli accordi previsti al numero 3 comunicano agli altri Stati contraenti, tramite il depositario della presente Convenzione, la loro intenzione di concludere l'accordo e le modifiche o la sospensione dell'applicazione delle disposizioni della Convenzione che la conclusione di tale accordo comporta»*; per quelle di natura sostanziale, invece, esplicativo è il n. 6, in cui *«Gli Stati contraenti convengono che nessuna modifica deve essere portata al principio fondamentale relativo al patrimonio comune dell'umanità enunciato dall'articolo 136 e che essi non diverranno contraenti di alcun accordo che deroghi a detto principio»*.

2.1. *LA SUDDIVISIONE DELLO SPAZIO MARITTIMO E GLI EFFETTI SULLA GIURISDIZIONE DELLO STATO COSTIERO*



La Convenzione divide espressamente il mare in sei zone:

- Acque interne[62]. Sono comprese tra la linea di costa in condizione di bassa marea (linea di base) e la costa stessa, insieme alle acque situate tra diverse isole e ai canali di accesso ai porti marittimi. Queste acque sono assimilate allo stesso territorio nazionale e quindi sottoposte alla sovranità assoluta dello Stato costiero, con la conseguenza che l'esercizio dei poteri di polizia non è sottoposto ad alcun tipo di limitazione.

- Zona contigua[63]. È la parte di mare adiacente al mare territoriale che si estende fino a 24 miglia nautiche dalla linea di base, in cui lo Stato costiero può esercitare diritti di controllo volti a prevenire e punire qualsiasi *«violazione delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale»*. A differenza delle

[62] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 8
[63] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 33

acque interne, il diritto internazionale impone che la zona contigua sia ufficialmente rivendicata dallo Stato costiero con un espresso atto legislativo che ne definisca anche i confini; dalla mancanza di tale atto, mai formalmente emanato dal nostro Paese, è scaturito un acceso dibattito dottrinale, che ha visto numerose autorevoli opinioni[64] sulla confacenza a tale scopo del semplice richiamo implicito operato dal legislatore nell'art. 12 comma 9 bis del T.U. sull'immigrazione.

- Piattaforma continentale[65]. Con essa si intende la parte di fondo e sottofondo marino che mantiene una profondità costante prima di precipitare negli abissi. Lo Stato a cui appartiene possiede tutti i diritti di esplorazione e sfruttamento del fondale, mentre gli Stati terzi possono usufruire solo delle stesse libertà previste nella zona dell'alto mare.

- Zona economica esclusiva (Z.E.E)[66]. Si estende entro le 200 miglia nautiche dalla linea di base, e, al pari della zona contigua, viene ad esistenza solo se espressamente proclamata. All'interno della Z.E.E., lo Stato costiero è titolare esclusivo dei diritti di gestione delle risorse naturali, ivi compresa la produzione di energia, così come la conservazione dell'ambiente marino, e solo e soltanto a tutela di tali specifiche attività questo è autorizzato anche a esercitare poteri coercitivi sulle navi straniere sospettate di svolgere delle attività illecite.

- Alto mare[67]. L'estensione di questa zona, anche denominata genericamente come acque extraterritoriali, viene ricavata per esclusione dalla

[64] L'articolo in questione fa un chiaro riferimento al *"mare territoriale o nella zona contigua"*, ma ad oggi manca ancora un atto formale istitutivo di tale zona. Nell'ambiguità della normativa, si segnala l'opinione di SCOVAZZI, in *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, secondo cui l'art. 9-bis non può essere considerato un espresso atto legislativo dello Stato costiero in quanto non delinea in alcun modo i limiti esterni della zona contigua. Opinione contraria viene invece assunta da CAMARDA, in *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi di immigrazione clandestina*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti, dell'ambiente*, 2007, che ritiene l'atto sufficiente a manifestare la volontà dello Stato a istituire la zona, con la conseguenza che la disciplina ad essa relativa deve ritenersi pienamente applicabile con riguardo al diritto interno, ma il mancato rispetto delle formalità previste impone all'Italia, in caso di controversie internazionali, l'onere di provare la conoscenza in capo alla controparte dell'esistenza di tale atto di volontà.

[65] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 76

[66] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 55

[67] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 86

Convenzione, essendo identificata come l'insieme delle *«aree marine non incluse nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato, o nelle acque arcipelagiche di uno Stato-arcipelago»*. L'alto mare viene inoltre considerato patrimonio dell'umanità, e come tale non è assoggettabile alla sovranità di alcuno Stato; l'art. 87[68] infatti garantisce a tutti gli Stati, sia costieri che privi di litorali, piena libertà di navigazione, libertà di sorvolo, libertà di posa di cavi sottomarini e condotte, libertà di costruire isole artificiali e altre installazioni consentite dal diritto internazionale, libertà di pesca e infine libertà di ricerca scientifica, con l'unico limite di rispettare le norme della Convenzione e la libertà degli altri Paesi. Per tutti gli Stati è inoltre previsto il potere/dovere di intervenire per reprimere i crimini di tratta degli schiavi[69], pirateria[70], traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope[71] e infine trasmissioni non autorizzate[72], essendo questi considerati crimini contro l'umanità universalmente riconosciuti.

- Acque territoriali[73]. Quest'area marittima si estende dalla linea di base fino a una distanza massima di 12 miglia nautiche, salvo apposite convenzioni bilaterali tra Stati confinanti separati da un tratto di mare inferiore alle 24 miglia. La sua posizione geografica particolarmente delicata le ha fatto guadagnare una disciplina più attenta e articolata all'interno della Convenzione, motivo per cui viene qui analizzata per ultima. Infatti, data la sua vicinanza al territorio nazionale, nelle acque territoriali sono innanzitutto tutelate le esigenze di sicurezza dello Stato costiero, ma queste allo stesso tempo sono bilanciate con la libertà di movimento da parte degli Stati stranieri. Il mare territoriale è quindi sì sottoposto alla sovranità dello Stato rivierasco, al fine di garantire, con riguardo ai punti che concernono

[68] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 87
[69] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 99
[70] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare –Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 100
[71] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare –Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 108
[72] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare –Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 109. Si riporta qui il testo dell'articolo, al fine di chiarire in cosa consista la fattispecie menzionata: *«per trasmissioni non autorizzate si intendono le radiotrasmissioni o le telediffusioni che avvengono da bordo di una nave o da installazioni situate nell'alto mare, destinate alla generale ricezione pubblica in violazione delle norme internazionali, fatta eccezione per la trasmissione di richieste di soccorso»*.
[73] Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 3

l'argomento in esame, la «*sicurezza della navigazione e regolamentazione del traffico marittimo*»[74] e la *«prevenzione di violazioni delle leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione dello Stato costiero»*[75], ma in misura inferiore rispetto al mare interno, poiché la sovranità e i corrispondenti poteri di polizia sono limitati dal "diritto di passaggio inoffensivo".

Tale diritto, sancito all'art. 17 della Convenzione e poi spiegato nel dettaglio nei successivi artt. 18 e 19, merita uno studio più approfondito: esso consente alle navi battenti bandiera straniera di eseguire senza ripercussioni un passaggio *«rapido e continuo»*[76], ma solo a condizione che queste non siano impegnate in attività *«pregiudizievoli per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero»*[77], tra le quali è esplicitamente ricompreso, alla lettera (g) dell'art. 19, anche lo scarico di persone in violazione delle leggi e dei regolamenti di immigrazione.

Il principio appena enunciato pone quindi un chiaro limite all'esercizio della giurisdizione penale statale sulle navi straniere in transito nelle proprie acque territoriali, e tale limite viene ribadito e ampliato all'art. 27 della stessa Convenzione, che stabilisce il dovere, in capo alle autorità locali, di astenersi dal procedere ad arresti o condurre indagini su reati commessi a bordo durante il passaggio, salvo che la natura del reato sia tale da disturbare la pace del Paese o il buon ordine del mare territoriale, o comunque le conseguenze del reato si estendano allo Stato costiero[78].

---

[74] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 21. Gli altri punti elencati nell'articolo riguardano invece la protezione delle attrezzature e dei sistemi di ausilio alla navigazione e di altre attrezzature e installazioni; la protezione di cavi e condotte; la conservazione delle risorse biologiche del mare; la prevenzione delle violazioni delle leggi e dei regolamenti dello Stato costiero relativi alla pesca; la preservazione dell'ambiente dello Stato costiero e prevenzione, riduzione e controllo del suo inquinamento; e infine la ricerca scientifica marina e rilievi idrografici.

[75] Ibid.

[76] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 18. Lo stesso articolo precisa però che la fermata e l'ancoraggio sono sempre consentiti se *«costituiscono 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».* Anche in questo caso, quindi, l'obbligatorietà del soccorso funge da scriminante per una condotta che sarebbe altrimenti da considerare criminale.

[77] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 19.

[78] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 27. L'intervento delle autorità locali è permesso anche quando questo sia stato richiesto dal comandante della nave o da un agente diplomatico o funzionario consolare dello Stato di bandiera della nave, oppure se tali misure sono necessarie per la repressione del traffico illecito di stupefacenti o sostanze psicotrope.

Avendo già anticipato nel precedente capitolo[79] l'importanza di chiarire i meccanismi della giurisdizione in mare in relazione alla consumazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, la Convenzione UNCLOS fornisce un primo criterio, che può essere definito, facendo uso dell'interpretazione offertaci dalla Suprema Corte[80], come la presenza di un disturbo "effettivo", con riferimento alle possibili conseguenze materiali del reato, o di un disturbo "morale", inteso come un grave ed inevitabile allarme avvertito dalla comunità locale.

2.2. L'IMMIGRAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE: FONTI PRINCIPALI

È ben noto il fatto che il fenomeno dell'immigrazione clandestina sia gestito da organizzazioni di carattere transnazionale, il cui modus operandi è particolarmente insidioso in quanto orientato alla creazione di network complessi, che vanno a includere anche organizzazioni criminali residenti nello Stato di destinazione; nel caso italiano, quelle di stampo mafioso.

Se a ciò si aggiunge che la presenza di uno status di illegalità, indigenza e dipendenza del migrante nei confronti del trafficante, a sua volta causa dell'instaurarsi di spirali di ricatti e intimidazioni, è un elemento condiviso sia dal favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che dalla tratta degli schiavi, fattispecie di cui già è stata fatta presente la primaria importanza nello scenario internazionale, diviene molto più facile intuire la ragione dell'attenzione destinata dagli organismi internazionali alla gestione e repressione di tale fenomeno.

Sembra quindi doveroso, sempre al fine di costruire un'esauriente premessa per lo studio della fattispecie in esame, operare in primis una rassegna dell'articolata normativa internazionale presente in materia.

1) In ordine cronologico, la prima fonte che merita menzione è sicuramente la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo[81], approvata nel 1948 dall'Assemblea

[79] V. supra, cap. I §§ 5.2.
[80] Si fa riferimento alla sent. Cass. pen., sez. III n. 44306/2017.
[81] Sebbene la Dichiarazione non abbia la forma di un Trattato, e di conseguenza non costituisca uno strumento giuridico vincolante in senso stretto, l'autorevolezza di questo documento è fuor di dubbio: la Dichiarazione è stata infatti richiamata in molte occasioni da diverse Convenzioni internazionali per la tutela dei diritti umani, e ai diritti e le libertà in essa sanciti è stato riconosciuto il valore di *jus cogens* dalla comunità internazionale.

Generale delle Nazioni Unite, nella quale vengono enunciati allo stesso tempo due fondamentali principi che vanno letti secondo una visione complementare.

Difatti, mentre all'art. 4 viene punita la schiavitù e il traffico di schiavi sotto ogni forma, l'art. 13 garantisce la piena libertà di movimento e di residenza in qualsiasi Stato; comincia già a trasparire uno dei nodi più problematici che caratterizzano ancora oggi la disciplina dell'immigrazione, ossia il difficile bilanciamento tra l'esigenza di legalità e il diritto alla libertà di movimento.

2) Altra fonte di primaria importanza è la "Convenzione relativa allo status dei rifugiati", adottata a Ginevra nel 1951, la quale integra la Dichiarazione sopracitata offrendo in primis la definizione di rifugiato valida ai sensi della Convenzione[82]; agli articoli successivi si aggiunge che lo Stato ospitante non può operare alcuna discriminazione basata sulla razza, la religione, o il paese di origine dell'emigrato, ma allo stesso tempo specifica che anche il rifugiato è tenuto a conformarsi alle leggi e regolamenti del Paese in cui si trova[83].

Anche in questo caso viene quindi a formarsi un bilanciamento, dove da una parte vige l'obbligo dello Stato di accogliere le persone in pericolo, dall'altra il diritto di espellere o respingere chiunque costituisca un pericolo per la sicurezza della comunità.

Inoltre, sempre in questa Convenzione, viene enunciato per la prima volta un fondamentale principio che è stato oggetto negli anni di numerosi casi controversi: si tratta del principio di "non refoulement", ossia il divieto di espulsione o respingimento del 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*»[84].

3) Avendo già fatto cenno delle analogie nel rapporto tra i trafficanti, gli immigrati clandestini e gli schiavi, le cui conseguenze in ambito di esercizio dei poteri

[82] Il valore della definizione stabilita all'art. 1, ossia *«chiunque, per causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato»*, va ben oltre la mera applicazione della Convenzione. Questa viene richiamata anche da numerose altre fonti del diritto, ad esempio dall'art. 78 del TFUE (v infra, §§ 3.1) relativo alla creazione di una politica comune di asilo e protezione internazionale in sede europea.
[83] Convenzione relativa allo status dei rifugiati, artt. 2 - 3.
[84] Convenzione relativa allo status dei rifugiati, art. 33.

autoritativi saranno debitamente trattate nei paragrafi successivi[85], è utile già da ora citare la "Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù", firmata sempre a Ginevra nel 1956.

In essa si definiscono i requisiti necessari affinché si possa configurare un'effettiva tratta di schiavi: l'elemento essenziale consiste nella perdita della capacità giuridica del soggetto e del suo *status libertatis*[86], condizione che invece non si ritrova nella fattispecie di traffico di migranti.

4) Il tema dell'espulsione viene trattato anche nel "Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici" del 2008, e in particolare nell'art. 12, dove viene sancito che *«Uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato parte del presente Patto non può esserne espulso se non in base a una decisione presa in conformità della legge e, salvo che vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, deve avere la possibilità di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione, di sottoporre il proprio caso all'esame dell'autorità competente, o di una o più persone specificamente designate da detta autorità, e di farsi rappresentare innanzi ad esse a tal fine».*

Il Patto subordina quindi l'espulsione ad un ferreo principio di legalità, ribadendo la necessità di rigide motivazioni ispirate alla legge per giustificare un provvedimento di espulsione, e di conseguenza assicurare non solo che un atto così lesivo dei diritti di chi vi sia soggetto non sia frutto di scelte arbitrarie, ma anche che quest'ultimo possa efficacemente difendersi nelle sedi preposte. Il principio qui esposto può essere considerato come la risposta alla necessità di bilanciamento derivante dall'irriducibile conflitto di valori, di cui già si è accennato, che si crea dall'applicazione dell'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo.

Tutte le norme appena citate, sebbene siano delle pietre miliari della disciplina dell'immigrazione, costituiscono solo una parte del novero di fonti esistenti in materia; ci sono infatti numerose altre fonti, di natura non normativa, meritevoli di menzione.

---

[85] V. infra, Cap. II §§ 2.3.

[86] Lo stato di schiavitù viene definito esplicitamente all' art. 7 della Convenzione come *«lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi, e lo "schiavo" è l'individuo che ha tale stato o condizione».*

5) Tra queste, in primis il "Manuale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati" del gennaio 2005, in cui viene esplicitamente tracciata la linea di confine che divide i migranti economici dai rifugiati; la differenza, fondata principalmente nelle motivazioni alla base dell'emigrazione, comporta implicazioni pratiche di non poco conto, considerando che il semplice fatto di essere mossi da motivazioni di natura economica impedisce, secondo il Manuale, il conferimento dello status di rifugiato secondo la già citata convenzione di Ginevra del 1951.

Si vuole far notare che questa distinzione, anche se spesso rimarcata e sfruttata dai movimenti sostenitori di una linea di chiusura dei confini[87], è in realtà ben lungi dall'essere uno strumento in favore di politiche restrittive sull'ingresso dei migranti: se è vero che il migrante economico clandestino non ha diritto a permanere nello Stato d'arrivo, è anche indubbio che proprio l'accertamento incontestabile di questa fondamentale differenza è una delle basi del divieto di respingimenti di massa al confine, e di conseguenza funge da strumento di garanzia per i migranti, perché non è ipotizzabile che tale controllo possa essere effettuato in maniera attendibile e soddisfacente già in alto mare.

6) Un altro documento importante, recante la firma di più di cento stati appartenenti alla International Maritime Organization, è la circolare IMO MSC/896/1998, che si concentra su un aspetto finora poco trattato ma molto presente, ossia la tutela della vita umana nell'ambito dell'immigrazione per via marittima, e fornisce dei criteri operativi finalizzati precisamente alla salvaguardia della sicurezza della navigazione, continuamente messa in pericolo dalla palese inadeguatezza dei mezzi navali utilizzati dalle organizzazioni criminali.

7) Un ultimo rilevante esempio di cooperazione tra gli Stati è la "Conferenza per lo sviluppo e la sicurezza dell'Adriatico e dello Ionio" dell'anno 2000, nata con lo scopo di trovare nuovi mezzi per contrastare il traffico criminale di stupefacenti, armi e persone nell'area predetta. In particolare, si ricorda che in tale sede, con l'intento di migliorare le attività di collaborazione tra gli Stati interessati, sono stati firmati numerosi *Memorandum of Understanding* che hanno contribuito non solo a delineare

[87] Si può citare, per fare un esempio recente in ambito europeo, la nascita del movimento *Aufstehen*, "alzarsi", fondato in Germania nel 2018 da una frattura del partito Die Linke; uno dei punti chiave del manifesto del partito è proprio una limitazione dell'accoglimento basata sulla distinzione tra i migranti economici e rifugiati.

le regole base delle operazioni di ricerca e soccorso, ma anche a definire i limiti delle rispettive zone SAR.

2.3. GIURISDIZIONE STATALE IN ALTO MARE: L'IPOTESI DEL TRAFFICO DI MIGRANTI COME CRIMINE INTERNAZIONALE

Come è già stato anticipato, uno dei problemi principali riscontrati da parte degli Stati, nell'ambito del contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina via mare, è sempre stata la difficoltà di definire esattamente l'estensione della rispettiva giurisdizione: è però doveroso premettere che tale termine, in ambito internazionale, va inteso in un'accezione più ampia rispetto a quella attribuitale dalla terminologia giuridica italiana, poiché include anche la "executive jurisdiction", ossia *«il potere di organi dello Stato di esercitare atti coercitivi nei confronti di una nave e delle perone che si trovano a bordo (inseguimento, abbordaggio, fermo, dirottamento, arresto di persone)»*[88].

Prendendo come riferimento il caso italiano, il combinato disposto[89] dell'art. 3 del Codice penale e dell'art. 27 della Convenzione di Montego Bay offre una risposta esauriente con riguardo al tratto di mare definito come acqua territoriale, ma è fortemente dubbio se lo stesso regime possa essere esteso anche alle acque extraterritoriali.

Difatti la Convenzione UNCLOS prevede delle deroghe al principio della libertà di navigazione in alto mare solo in casi tassativi[90]: in particolare, l'utilizzo di poteri coercitivi da parte di uno Stato diverso da quello di bandiera è possibile solo in caso di sospette attività di pirateria o tratta di schiavi, nave prive di nazionalità o con bandiera di convenienza, e infine in caso di trasmissioni non autorizzate.

---

[88] SCOVAZZI, *"La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza,* 2003

[89] L'art 3 c.p. sancisce l'applicazione obbligatoria della legge penale italiana a *«tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno dal diritto internazionale»*. La disciplina giuridica del mare territoriale, che ricordiamo essere equiparato dal diritto internazionale al territorio dello Stato, appare quindi priva di lacune, perché questo sarà normalmente soggetto al diritto interno, tranne nel caso delle eccezioni espressamente stabilite dallo stesso art. 3 c.p., tra le quali deve considerarsi ricompreso proprio l'art. 27 della Convenzione di Montego Bay.

[90] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare –Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 110

L'immigrazione clandestina e il suo favoreggiamento non sono quindi incluse nell'elenco delle fattispecie che permettono tale estensione della giurisdizione, con la conseguenza che solo lo Stato di arrivo e quello di partenza, direttamente coinvolti, sarebbero legittimamente autorizzati ad intervenire.

Tra le varie tesi che sono state proposte[91] negli anni per ovviare a tale problematica, due in particolare hanno diviso gli studiosi: la prima soluzione suggerita, già brevemente accennata nei precedenti paragrafi, è stata quella di assimilare la tratta di migranti alla tratta di schiavi, al fine di estenderle la più ampia punibilità prevista per suddetta fattispecie; la seconda è stata quella di considerare il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina come un illecito internazionale autonomo (*crimen iuris gentium)*[92], poiché, a causa della loro particolare gravità, per questi reati esiste un regime di perseguibilità molto più semplice: non solo diventa possibile derogare al principio della territorialità del crimine e a quello della nazionalità del reo o della vittima, ma il crimine diventa imprescrittibile, e si aziona anche l'obbligo di estradare il presunto responsabile qualora lo Stato dove si trova non intendesse perseguirlo.

Cominciando dalla seconda ipotesi, va subito sottolineato che, per quanto interessante, essa va incontro a due importanti criticità.

Innanzitutto, sorge il problema della assoluta mancanza di fonti, tanto nella Convenzione di Montego Bay quanto nel diritto consuetudinario internazionale, che riconducano il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a quel gruppo di reati tanto efferati da consentire ad ogni Stato di esercitare in completa autonomia la propria potestà coercitiva e punitiva, ivi compresa la possibilità di intervenire, anche con la cattura, su ogni nave straniera sospettata di trasportare immigrati in acque internazionali, anche senza la necessità di alcun tipo di collegamento con la comunità territoriale.

[91] Un'altra ipotesi sollevata è stata quella del blocco navale, che però viene considerata inapplicabile. La prima variante è un istituto di natura bellica, che quindi non può essere lecitamente esperito per il semplice fine di prevenire il traffico illegale di migranti. D'altro canto, l'interdizione marittima, che ne costituisce invece la controparte pacifica, pur non richiedendo alcuna dichiarazione di guerra ha comunque una portata ben definita: questa misura infatti può essere utilizzata solo in ambito di legittima difesa internazionale o in sede di attuazione di una sanzione decisa dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, come ad esempio l'embargo, ed è proprio l'assenza di tale decisione a rendere tale ipotesi impraticabile.
[92] Si ricorda che tali crimini sono tassativamente previsti nella Convenzione, e corrispondono alla tratta degli schiavi, pirateria, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope e infine trasmissioni non autorizzate.

La seconda problematicità riguarda invece il momento della consumazione: anche a ritenere il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina astrattamente perseguibile nelle acque internazionali, si potrebbe considerare il reato consumato anche prima dell'effettivo sbarco dei migranti, momento in cui si completa la condotta e si concretizza il disvalore?

Nei Paesi di tradizione anglosassone esiste in realtà da tempo una prassi utilizzata per porre rimedio alla questione, che consente l'esercizio del potere di visita e di cattura, anche in tempo di pace, nei confronti di navi straniere che minaccino in ogni modo degli interessi essenziali dello Stato; questa generale forma di "self defense" o "self protection" è stata però criticata da una parte della dottrina[93] che ritiene eccessiva una tale estensione di spazio di intervento in casi non esplicitamente codificati dalle Convenzioni internazionali.

La seconda soluzione, che gode di maggior favore ed è infatti sistematicamente adoperata anche dal nostro Paese, ci è offerta da un istituto già comune nel diritto internazionale, ossia la "teoria della presenza costruttiva": secondo tale teoria lo Stato costiero ha il diritto di perseguire una nave, anche se situata fuori dalle acque territoriali, purché questa sia intenta a compiere atti che possono violare le leggi dello Stato costiero.

Tale teoria trova applicazione pratica nel "diritto di inseguimento"[94] sancito dalla Convenzione UNCLOS, grazie al quale è perfettamente perseguibile il modus operandi, non di rado utilizzato dai trafficanti, che prevede una nave madre stazionata in alto mare e delle navette che completino il viaggio fino alla costa.

Secondo l'interpretazione utilizzata dalle autorità italiane, che si può considerare avallata anche dall'UE, dato che le operazioni sono svolte sotto l'egida della collaborazione interstatale, il favoreggiamento si considera consumato nel momento in cui una delle navette entra nelle acque territoriali del nostro Paese, e da lì

[93] LEANZA, *Legittima difesa, autopreservazione e stato di necessità nel Diritto internazionale*, in *Foro pen*., 1963

[94] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 111. Al comma 1 viene infatti stabilito che «*È consentito l'inseguimento di una nave straniera quando le competenti autorità dello Stato costiero abbiano fondati motivi di ritenere che essa abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso. L'inseguimento deve iniziare quando la nave straniera o una delle sue lance si trova nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche, nel mare territoriale, oppure nella zona contigua dello Stato che mette in atto l'inseguimento, e può continuare oltre il mare territoriale o la zona contigua solo se non è stato interrotto*».

scatta il diritto di inseguimento che giustifica il fermo della nave madre[95] e l'arresto dell'equipaggio.

Poco successo ha riscontrato invece la corrente che ha tentato di assimilare l'immigrazione clandestina alla tratta di schiavi: per quanto questa tesi abbia il pregio di volgere lo sguardo su un tema a volte tralasciato, cioè quello della figura dell'immigrato come vittima del reato anziché esclusivamente come criminale, dal punto di vista pratico sorgono numerose incongruenze.

Innanzitutto, nonostante sia innegabile una vaga somiglianza delle due fattispecie, l'immigrazione clandestina manca dell'elemento fondamentale che caratterizza la tratta di schiavi, consistente nella presenza di un vero e proprio status di proprietà dell'immigrato nei confronti del trafficante.

Secondariamente, anche a voler operare un'interpretazione estensiva del concetto di "condizione analoga alla schiavitù", che ritroviamo tanto nella Convenzione di Parigi[96] del 1956 quanto nel diritto interno, all'articolo 600[97] c.p., rimarrebbe comunque difficile negare la differenza sostanziale che vige nel rapporto tra i trafficanti e l'immigrato rispetto allo schiavo, riconoscibile sia dalla totale mancanza di interesse dei primi alla buona riuscita del viaggio, dolorosamente resa palese dai mezzi fatiscenti utilizzati di regola per compiere il reato, sia nel particolare status di soggezione che, nel caso della tratta di schiavi, non termina al momento dello sbarco ma perdura a lungo termine sotto forma di sfruttamento, ricatti o indebitamenti[98].

---

[95] A tal riguardo si riporta la notizia pubblicata dall'Ufficio stampa della Guardia di Finanza, *Catturata nella notte una "nave madre" - Aveva trasportato 81 migranti a sud di Lampedusa*, nella quale si descrive in dettaglio lo svolgimento di un'operazione completata con successo il 21 giugno 2019 in esecuzione della missione EUNAVFORMED, che ha portato all'arresto dell'equipaggio della nave madre e all'intercettazione di tutte le navette che trasportavano i migranti.

[96] Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù, Parigi, 1956.

[97] Art. 600 c.p., comma 1: *«Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni».*

[98] Particolarmente esaustiva in tal senso è una sentenza della Cass. pen. sez. III, 8 febbraio 2005, in cui la suprema Corte ritrova l'elemento distintivo della riduzione in schiavitù nello stato di soccombenza "strutturale" dello schiavo, difficilmente equiparabile a quello in cui versa invece il migrante, limitato e contingente al contesto della traversata.

A conferma di quanto appena riportato, interviene anche la "Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale", entrata in vigore nel 2003, che dedica, tra i tre Protocolli addizionali conosciuti come Protocolli di Palermo, i primi due rispettivamente alla tratta di persone e al traffico di migranti.

Già il semplice fatto che i due fenomeni siano trattati in due documenti autonomi lascia presagire che questi, secondo la ratio della Convenzione, debbano essere disciplinati distintamente, e infatti, ai rispettivi artt. 3, viene offerta la definizione di entrambe le fattispecie.

Il II Protocollo definisce il traffico di migranti come *«fornire, al fine di ricavare direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato parte della convenzione di cui la persona non è cittadina o residente permanente»*, mentre la tratta di esseri umani viene individuata nel I Protocollo come il *«reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o il raccogliere persone tramite l'impiego la minaccia dell'impiego della forza o di altre forme di coercizione, rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di posizioni di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha l'autorità su un'altra a scopo di sfruttamento»*.

Se le due fattispecie hanno in comune la natura transfrontaliera e il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, circostanze che tra l'altro fungono da condizione stessa di applicabilità dei due Protocolli[99], esse sono comunque fortemente differenziate nei loro elementi oggettivi, e in particolare risulta evidente l'assenza di ogni riferimento allo stato di soggezione del migrante o dei mezzi impiegati per ottenerlo.

Inoltre, il II Protocollo attribuisce pari importanza all'impegno dedicato alla repressione dell'immigrazione clandestina e a quello riservato alla tutela del migrante

[99] II Protocollo della Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale, art. 4: *«Il presente Protocollo si applica, salvo disposizione contraria, alla prevenzione, alle attività di indagine e al perseguimento dei reati previsti ai sensi dell'articolo 6 del presente Protocollo, nei casi in cui tali reati sono di natura transnazionale e coinvolgono un gruppo criminale organizzato, nonché alla protezione dei diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino».* La medesima formula è utilizzata nell'art. 4 del I Protocollo.

stesso, considerato vittima del reato[100] in osservanza delle raccomandazioni svolte dall'ufficio dell'Alto Commissariato ONU per i diritti umani[101].

Se tale principio può sembrare scontato in relazione alla tratta di schiavi, lo stesso non può dirsi per questa seconda fattispecie, soprattutto perché la Convenzione, in esecuzione di esso, non impone alcun obbligo di criminalizzazione della condotta del migrante, ma lascia in merito piena libertà agli Stati.[102]

Sembra doveroso per chi scrive sottolineare che il valore della Convenzione appena citata supera di gran lunga il semplice contributo alla definizione della fattispecie in esame, arrivando persino a essere definita come *«il più grande sforzo di armonizzazione normativa e di promozione della cooperazione giudiziaria mai promosso in precedenza dagli Stati»* [103], a causa dell'ampia serie di norme focalizzate tanto sull'armonizzazione delle normative nazionali quanto sulla cooperazione giudiziaria internazionale.

In tema di armonizzazione, un esempio sicuramente meritevole è l'art. 34 comma 2, che prescrive la penalizzazione obbligatoria, nelle legislazioni interne degli Stati Parte, di tutti i reati descritti nella Convenzione; spiccano invece, con riguardo alla cooperazione internazionale, sia l'art. 10 del II Protocollo, che dispone lo scambio di informazioni riguardanti le rotte, i mezzi e l'identità dei trafficanti, soprattutto tra gli Stati con confini comuni, sia l'art.18 dello stesso Protocollo, in cui viene stabilito, per la prima volta in uno strumento multilaterale, non solo l'obbligo in capo allo Stato Parte di riammettere il migrante che sia *«suo cittadino o che ha il diritto di residenza permanente sul suo territorio al momento del ritorno»*[104] ma anche la massima collaborazione nella facilitazione della procedura, ad esempio tramite il rilascio *«su*

[100] II Protocollo della Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale, art. 5: *«I migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'articolo 6».*

[101] *United Nations General Assembly, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime*, Eighth Session, Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations *Children's Fund and International Organization for Migration on the Draft Protocols concerning Migrant Smuggling and Trafficking in Persons*, Vienna, 21 febbraio–3 marzo 2000, A/AC.254/27.

[102] Si vuole ricordare che l'Italia aveva già optato per l'introduzione del reato autonomo di immigrazione clandestina nel 2002, e tale scelta è stata riconfermata, dopo la ratifica della Convenzione in esame, con la l. 94/2009.

[103] SPIEZA - FREZZA - PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2003

[104] II Protocollo della Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale, art. 18.

richiesta dello Stato Parte d'accoglienza, dei documenti di viaggio adeguati o qualsiasi altra autorizzazione necessaria per permettere alla persona di viaggiare e ritornare nel suo territorio».

Per concludere il punto, una volta fatta chiarezza sul rifiuto, più volte confermato dalla comunità internazionale, all'assimilazione delle due fattispecie, va comunque considerato che, al di là delle perplessità di natura teorica, non pare che la suggerita omologazione sarebbe comunque sufficiente a garantire un effettivo contrasto al fenomeno in esame, in quanto la stessa Convenzione di Montego Bay prevede che *«ogni Stato adotta misure efficaci per prevenire e perseguire il trasporto degli schiavi a bordo di navi autorizzate a battere la sua bandiera, e per prevenire l'uso illecito della propria bandiera a tal fine»*[105].

Pare quindi che, nei casi di traffico di schiavi la cattura della nave in alto mare sia in realtà praticabile solo da parte dello Stato di bandiera, lasciando invece agli altri Stati la mera possibilità di esercitare il diritto di visita ed eventualmente comunicare a quest'ultimo quanto accertato[106].

2.4. *IL CONTROLLO DELLE FRONTIERE NELLE ACQUE TERRITORIALI IN APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON REFOULEMENT*

All'interno delle acque territoriali vige un regime completamente diverso rispetto a quello delle acque internazionali: per sintetizzare lo si può definire come *«il diritto da parte dello Stato di disciplinare in via esclusiva tutte le attività che si svolgono entro le acque che vi rientrano e di conseguenza di far osservare coattivamente le relative norme»*[107].

Essendo tale area soggetta solo alla sovranità dello Stato costiero, ne consegue che di regola solamente questo possiede la facoltà esclusiva di intervenire in caso di reati consumati all'interno di essa, ma sempre nei limiti dettati dall'art. 27 della Convenzione di Montego Bay, di seguito brevemente richiamati:

- se le conseguenze del reato si estendono allo Stato costiero;

[105] Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 99.

[107] LEANZA, *Nuovi saggi del diritto del diritto del mare*, Torino, 1988

- se il reato è di natura tale da disturbare la pace del paese o il buon ordine nel mare territoriale;
- se l'intervento delle autorità locali è stato richiesto dal comandante della nave o da un agente diplomatico o funzionario consolare dello Stato di bandiera della nave;
- se tali misure sono necessarie per la repressione del traffico illecito di stupefacenti o sostanze psicotrope.

L'assetto giuridico che viene a delinearsi, in campo di repressione del favoreggiamento dell'immigrazione, consente quindi l'utilizzo di poteri coercitivi solo allo Stato costiero, mentre è esclusa la giurisdizione di qualsiasi Stato straniero, ad eccezione di quelli con cui il primo abbia stipulato degli specifici accordi bilaterali finalizzati al controllo congiunto delle acque territoriali, come quello firmato nel 1997 tra Italia e Albania., che prevedeva *«mediante il fermo in acque internazionali ed il dirottamento in porti albanesi da parte di unita delle Forze Navali italiane di naviglio battente bandiera albanese o comunque riconducibili allo Stato albanese, nonché il fermo in acque territoriali albanesi di qualsiasi bandiera che effettui trasporto di cittadini albanesi che si fossero sottratti ai controllo esercitati sul territorio albanese dalle Autorità a ciò preposte»*[108].

La disamina sull'estensione della giurisdizione statale nelle acque territoriali richiede inoltre un'analisi sulle modalità con cui questa debba essere esercitata in concreto, soprattutto con riguardo alle due esigenze che godono parimenti di tutela nel diritto internazionale, ossia l'efficace controllo delle frontiere e il rispetto dei diritti umani; la norma di riferimento da cui trarre risposta è l'art. 33 della già citata Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati.

Questo sancisce espressamente che *«nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»* ma allo stesso tempo prevede al secondo comma due eccezioni, cioè i casi

[108] Il testo costituisce un estratto dello scambio di lettere intercorso il 25 marzo 1997 tra il Ministro dell'estero italiano, Lamberto Dini, e quello albanese Bashkim Fino. Il testo esteso della lettera è consultabile presso ADIR – L'altro diritto, *Accordi bilaterali Italia - Albania nella lotta contro l'immigrazione clandestina.*

in cui il rifugiato che *«per motivi seri debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese»*[109].

In questa norma troviamo quindi il primo riferimento al concetto di "porto sicuro", che deve essere letto non solo come un'esclusione degli Stati in cui la vita e la libertà del rifugiato siano direttamente minacciate a causa di leggi o situazioni contingenti che violino i suoi diritti umani, ma anche di ogni Stato "intermedio", che potrebbe a sua volta inviare la persona nel Paese in cui questa sarebbe in pericolo.

Al di là dei due casi espressamente previsti, il principio del luogo sicuro deve essere sempre rispettato; tuttavia la sua altalenante applicazione da parte degli Stati ha suscitato diverse perplessità a livello internazionale, tra cui quelle sollevate dall'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati proprio in tempi recentissimi con riferimento agli accordi stipulati tra l'Italia e la Libia nel 2009[110].

Le numerose criticità causate dalla stipulazione dei suddetti accordi saranno affrontate nel dettaglio nei capitoli successivi[111], ma si può già da ora sottolineare che il rifiuto di accogliere dei migranti senza prima esaminare la domanda di asilo, come previsto nei suddetti accordi, non può considerarsi di per sé una violazione del principio di non refoulement; la radice del problema va ricercata invece nella poca affidabilità dello Stato di destinazione con riguardo al rispetto effettivo dei diritti umani, non potendosi considerare sufficiente, al fine di essere riconosciuti come un luogo sicuro secondo gli standard del diritto internazionale, una generica assicurazione da parte delle autorità di tale Stato o la formale adesione a strumenti internazionali in materia.

---

[109] Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati, art. 33 "Divieto d'espulsione e di rinvio al confine"

[110] Si riporta qui un estratto dell'esauriente dichiarazione rilasciata nel 2009 dall'allora portavoce dell'Unhcr, Laura Boldrini: *«La Libia non ha firmato la convenzione di Ginevra sui diritti dei rifugiati, non ha un sistema di asilo in linea con gli standard previsti e non possiamo entrare in tutti i centri di detenzione. Non siamo in grado di garantire la loro effettiva protezione se vengono rispediti in Libia. (...) per l'Unhcr sarebbe importante che l'Italia ottenesse dalla Libia le rassicurazioni che le persone bisognose di protezione non verranno rimandate nei paesi di origine da cui sono fuggite a causa di persecuzioni. In passato purtroppo ci sono state situazioni di questo genere e di alcuni non si è mai saputo più nulla».*

[111] V. infra, Cap. III §§ 6.

Quanto anzidetto si interseca quindi con un'altra problematica di natura molto più pratica: stabilire se l'art. 33 della Convenzione di Ginevra trovi applicazione anche nelle acque internazionali, e, nel caso, a quale Paese debba essere inoltrata la richiesta di asilo politico in primo luogo.

Il diritto interno italiano, tramite gli artt. 10 (Diritto internazionale e condizione giuridica dello straniero) e 24 (Tutela dei diritti soggettivi e interessi legittimi) della Costituzione, garantisce il diritto in capo al migrante a un'effettiva possibilità di difesa nel procedimento per la domanda d'asilo, ed è stato in più occasioni interpretato come un generale divieto di respingimenti collettivi al confine[112], soprattutto considerando che lo stesso divieto è sancito espressamente dalla Carta di Nizza del 2000[113], i cui precetti, secondo una giurisprudenza europea oramai consolidata, sono vincolanti per il giudice nazionale

Come già anticipato, però, tale linea di pensiero non è stata perennemente e unanimemente condivisa dalla comunità internazionale: basti ricordare una pronuncia[114] emessa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel 1993, che ha suscitato molto scalpore in quanto avallava la legittimità di un executive order[115] emanato dal governo statunitense l'anno precedente, nel quale si decideva, in seguito a un esodo di massa di profughi haitiani verso gli USA, di sospendere in toto la procedura di accertamento della condizione di rifugiato, fino a quel momento svolta in alto mare, finendo con l'operare di fatto un respingimento automatico al confine.

La Corte argomentò la propria decisione affermando che l'art. 33 potesse essere invocato solamente dal rifugiato che già si trovasse all'interno del territorio nazionale, con esclusione quindi delle acque non territoriali, e a sostegno di tale tesi citò l'articolo 40 della stessa Convenzione di Ginevra, che limita la sua applicazione solo *«ai territori*

---

[112] In tal senso, PALEOLOGO, *Respingimenti di migranti in acque internazionali e diritto alla vita*, in www.meltingpot.it, 12 maggio 2008. L'autore non solo rileva che *«Non si può ritenere che l'accertamento dello Stato di salute dei migranti, frutto di apprezzamenti assai discrezionali dei medici di fiducia delle autorità marittime, condotti in alto mare, talvolta persino a vista, senza un effettivo esame clinico-strumentale, possa compromettere il diritto di fare ingresso nel territorio italiano per chiedere asilo o consentire il respingimento al limite delle acque territoriali»*, ma addirittura profila invece una *«responsabilità penale, amministrativa e civile di quanti hanno concorso a ritardare o impedire l'adempimento di un obbligo di salvataggio sancito a carico degli Stati dalle Convenzioni internazionali e dal diritto internazionale del mare di fonte consuetudinaria»*.

[113] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 19

[114] ILM, 1993, pp. 1032-1040

[115] L'executive order si inquadra nell'ambito del più ampio "programma Haiti", che a detta dei critici incoraggiava le richieste di asilo da parte dei migranti cubani, in fuga dal regime comunista, a discapito di quelli provenienti da Haiti, che per l'opinione pubblica erano principalmente migranti economici.

che esso (lo Stato contraente) rappresenta in campo internazionale, oppure a uno o più territori siffatti».

Per quanto, almeno da un punto di vista giuridico-formale, la motivazione sembri in linea con il dato normativo, questa tesi ha comunque incontrato il parere negativo sia da parte dell'Ufficio delle Nazioni Unite per i rifugiati, che dalla Commissione interamericana per i diritti umani dell'Organizzazione degli stati Americani, che hanno sostenuto invece l'applicazione dell'articolo 33 anche fuori dai confini nazionali.

Simile parere ha adottato anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[116], la quale si è espressa contro la decisione della Corte Suprema, sostenendo che tale linea di pensiero avrebbe finito per creare una zona di non diritto, e avrebbe quindi subordinato il rispetto delle norme internazionali a fattori meramente spaziali, in netto contrasto con la ratio stessa delle norme e con l'obbligo della loro attuazione in buona fede.

2.5. *L'ATTIVITÀ DI RICERCA E SOCCORSO IN MARE NELLE CONVENZIONI UNCLOS, SAR E SOLAS*

L'attività di controllo delle frontiere non può essere analizzata separatamente da quella di ricerca e soccorso, in quanto durante l'espletamento di operazioni di tutela dei confini è obbligatoria, da parte dello Stato costiero, una verifica immediata delle condizioni delle navi intercettate e soprattutto della salute delle persone a bordo. A questa deve poi essere associata, se necessario, un'opera di prima assistenza e accoglienza.

Tra le numerose fonti che disciplinano l'attività di ricerca e soccorso, possiamo citare innanzitutto l'art. 98 della Convenzione di Montego Bay, il quale obbliga gli Stati contraenti ad assicurarsi che i comandanti delle navi battenti la loro bandiera si impegnino a prestare soccorso quando incontrino "chiunque in condizioni di pericolo" o vengano in ogni modo a conoscenza della necessità del loro intervento, con l'unica

[116] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bankovic e a. c. Belgio e altri 16 Stati Parte*, 52207/99

condizione di non mettere a repentaglio la propria nave, l'equipaggio e i passeggeri a bordo.

Importante notare che l'articolo non fa alcuna menzione della zona marittima in cui sorga lo stato di bisogno, e deve perciò concludersi che l'obbligo persista persino nelle acque territoriali di uno Stato straniero, in deroga al principio del passaggio continuo e rapido[117]; l'unica differenza risiede nel fatto che in tal caso lo Stato costiero avrebbe la competenza esclusiva sia del coordinamento delle operazioni che della messa a disposizione dei mezzi specializzati nell'assistenza delle navi in difficoltà, in accordo con le specifiche regole previste dalla Convenzione di Amburgo di cui si dirà a breve.

Il carattere obbligatorio del soccorso in mare viene confermato anche dalla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS) del 1974, che prescrive: *«il comandante di una nave in navigazione che riceve un segnale da qualsiasi provenienza indicante che una nave o un aereo o loro natanti superstiti si trovano in pericolo, è obbligato a recarsi a tutta velocità all'assistenza delle persone in pericolo informandole, se possibile, di quanto sta facendo»*.[118]

Infine, doverosa menzione va fatta anche della Convenzione di Amburgo del 1979, anche detta Convenzione SAR, proprio perché in occasione di essa gli Stati-Parte hanno disegnato, tramite accordi regionali, i confini delle rispettive zone di Search and Rescue, e stabilito le regole base per instaurare un'efficiente collaborazione nelle operazioni di ricerca e soccorso.

Rispetto alle altre fonti appena citate, la Convenzione SAR aggiunge al predetto obbligo anche la considerazione che nessuna distinzione può essere fatta in relazione alla nazionalità, allo status della persona o alle circostanze nelle quali essa viene trovata, e inoltre chiarisce che l'obbligo di soccorso non si esaurisce semplicemente nella prima assistenza, ma include anche il dovere di sbarcare i naufraghi recuperati in un luogo sicuro, concetto che ovviamente deve essere interpretato secondo gli standard del diritto internazionale.

---

[117] Conferma a tale conclusione sembra essere offerta chiaramente dal testo stesso dell'art. 18 della Convenzione, che prevede espressamente la deroga al passaggio sicuro e rapido, consentendo la fermata e l'ancoraggio se *«finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo o in difficoltà»*.

[118] International Convention for the Safety of Life at Sea 1974, Chapter V, Regulation 15

Tuttavia questo principio, per quanto cristallino nella sua veste teorica, non è di così facile applicazione, se si considera l'entità dell'onere posto in carico ai privati i quali, ad eccezione delle Organizzazioni Non Governative, sono di norma operatori impegnati in attività commerciali e devono sostenere i costi e le complicazioni che derivano dai ritardi; tali ritardi sono tra l'altro aggravati dagli stalli di natura politica, resi fin troppo frequenti dall'imprecisione normativa in merito all'individuazione dello Stato su cui grava l'obbligo di accoglimento dei passeggeri recuperati.

Questa confusione inoltre viene a volte accentuata, anziché risolta, dagli accordi bilaterali siglati dagli Stati: in tal senso si riporta qui un esempio avvenuto nel 2009, che riguarda personalmente l'Italia, in occasione di un intervento di respingimento operato dall'unità navale "Denaro" della Guardia di Finanza, in esecuzione dei controversi accordi bilaterali da poco stretti con la Libia, di cui già si è fatto cenno[119].

Il caso concreto, che ha visto il respingimento nel Paese nordafricano di circa 75 stranieri richiedenti asilo, contro la loro manifesta volontà e senza prima operare una verifica riguardo il loro status di rifugiati, si distingue dall'omologo caso americano[120], per il fatto che i passeggeri si trovassero in quel momento a bordo di una nave militare battente bandiera italiana, la quale, secondo i principi del diritto internazionale, deve essere considerata a tutti gli effetti un'estensione del territorio nazionale; per tale motivo fu lamentata la violazione delle norme che garantiscono l'accesso effettivo alle procedure di tutela dei rifugiati e dei diritti loro riconosciuti in materia di immigrazione.

Il nodo più problematico si rivela quindi non tanto la condotta dei militari, che hanno seguito pedissequamente gli ordini ricevuti in applicazione dell'Accordo, quanto la legittimità stessa di un trattato bilaterale di cui si lamenta il contrasto con gli obblighi derivanti da numerose convenzioni internazionali e dal diritto interno.

Come è agevole notare, il diritto internazionale offre una vastissima collezione di fonti che cercano di conciliare le esigenze contrastanti degli Stati, della sicurezza in

[119] Per un approfondimento sulla storia e la natura delle relazioni diplomatiche tra Italia e Libia dall'avvento di Muammar Gheddafi fino alla conclusione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista nel 2008, si veda N. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione,* in *Contributi di Istituti di ricerca specializzati (IAI),* n.108, gennaio 2009.
[120] V. supra, Cap. II §§ 2.4.

mare e del rispetto dei diritti umani fondamentali: se nessun dubbio può essere mosso sulla necessità di combattere il fenomeno dell'immigrazione clandestina e il suo favoreggiamento, è altrettanto vero che ormai tale lotta non può essere portata avanti isolatamente da ogni Stato, perché, come è stato più volte dimostrato, questa finisce irrimediabilmente con l'intersecarsi con la sovranità delle altre Nazioni e con i valori condivisi e tutelati dall'intera comunità internazionale.

Il concetto appena esposto diventa ancora più evidente se si prende ad esame la realtà più specifica dell'Unione Europea, dove il sistema di valori, di cooperazione e di controllo reciproco è molto più stringente.

3. Il diritto europeo

Lo Stato italiano, come sancito dagli artt. 10 e 11 della Costituzione, subordina parte della propria sovranità sia ai principi del diritto internazionale che ai Trattati e alle norme dell'Unione Europea.

Pertanto, sarebbe assolutamente incompleto riportare esclusivamente le fonti appartenenti al primo, senza invece analizzare la legislazione emanata dalle istituzioni europee, tra l'altro rese particolarmente prolifiche a causa del fatto che l'Unione è stata coinvolta in prima persona nella crisi migratoria degli ultimi anni, e tale circostanza ha portato a ricercare, con rinnovato impegno, una soluzione concreta al problema.

Va inoltre premesso che molti dei già menzionati *pull factor* sono riconducibili più all'Unione nel suo complesso che ai singoli Stati che la compongono: l'enorme divario tra la situazione economica e sociale garantita nell'Unione rispetto a quella dei vicinissimi paesi dell'Africa, insieme alla molto favorevole politica in materia di asilo, protezione umanitaria, e circolazione interna, costituiscono degli ovvi incentivi per il business dell'immigrazione clandestina, e hanno reso l'Europa uno degli obiettivi più allettanti nello scenario odierno; tuttavia proprio questa situazione, che ormai si protrae da diversi anni, è stata foriera di un cambio nella politica di accoglienza e libera circolazione dell'UE, cambio che non si può non rilevare sia nei toni dell'attuale

dibattito politico sia nelle azioni intraprese tanto dai singoli governi quanto dalla stessa Unione[121].

Il problema si acuisce in misura ancora maggiore se si prendono in considerazione anche le difficoltà intrinseche che deve affrontare un organismo sovranazionale come l'UE per trovare soluzioni che siano non solo condivise da tutti gli Stati che la compongono, impresa già di per sé resa titanica dalle contrastanti sovranità e priorità, ma anche da questi concretamente applicabili.

Tra le problematiche macroscopiche appena accennate, possiamo innanzitutto individuarne tre:

- l'assenza di una vera e propria giurisdizione territoriale e marittima dell'UE;

- il necessario coinvolgimento di Paesi esterni all'Unione, tanto con riguardo agli accordi stretti con gli Stati d'origine, spesso riluttanti a collaborare nell'identificazione dei migranti, quanto per l'uso di bandiere, reali o di comodo, esposte dalle unità navali impegnate in attività di polizia o di trasporto dei migranti, con tutti i problemi di giurisdizione che ne conseguono;

- il deficit di democraticità percepito dai cittadini nei confronti delle istituzioni europee, alla base dell'inesistenza, all'interno dell'ordinamento europeo, di norme che le consentano di introdurre autonomamente disposizioni penali incriminatrici, inibendo quindi notevolmente le possibilità di trovare una risposta comune all'immigrazione clandestina e al suo favoreggiamento, fattispecie ancora lasciate alla differenziata, seppur guidata, repressione da parte dei singoli Stati.

Se, quindi, a differenza di quanto osservato nel diritto internazionale, non si può parlare di una vera e propria normativa europea vigente ed applicabile in materia, è comunque possibile menzionare alcuni strumenti giuridici creati all'interno dell'ambiente europeo, che regolano il fenomeno con l'obiettivo primario di armonizzare la risposta sanzionatoria da parte degli Stati.

[121] Per una ricostruzione delle crescenti divergenze sorte tra l'Unione Europea, e in particolare l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera FRONTEX, v. supra, Cap. I §§ 5.

3.1. *L'ACCORDO DI SCHENGEN E GLI ALTRI PRINCIPALI STRUMENTI GIURIDICI DELL'UE*

L'Accordo di Schengen, firmato a Lussemburgo il 14 giugno 1985, nasce in sede intergovernativa dalla collaborazione di alcuni degli stati della Comunità europea (Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Portogallo) con l'obiettivo di creare un'area di libera circolazione delle persone, denominata per l'appunto Area Schengen; l'Italia sceglie di sottoscrivere il trattato, e la relativa Convenzione di applicazione[122], solo in un momento successivo, ossia nel 1993.

L'Accordo è strutturato in un doppio binario[123], in quanto mira ad un'abolizione progressiva delle frontiere interne insieme a un contemporaneo rafforzamento di quelle esterne, quest'ultime da intendersi come tutte le frontiere rivolte ai Paesi terzi rispetto all'Area Schengen; tale obiettivo deve essere però accompagnato anche dall'adeguamento, da parte degli Stati aderenti, della legislazione nazionale alla normativa europea, e a tal fine vengono sancite delle linee guida *«per armonizzare, se necessario, le disposizioni legislative e regolamentari relative ai divieti ed alle restrizioni sulle quali si basano i controlli e per adottare misure complementari per la salvaguardia della sicurezza e per impedire l'immigrazione clandestina di cittadini di Stati non membri delle Comunità europee»*[124].

Allo stesso tempo si rafforzano gli strumenti di collaborazione tra gli Stati, facilitando lo scambio di informazioni e incentivando la cooperazione giudiziaria tra le forze di polizia e le autorità giudiziarie; tale obiettivo viene perseguito in primo luogo tramite la creazione del cosiddetto Sistema Informativo Schengen (SIS), ossia un network automatizzato composto da un sistema centrale (C-SIS) collegato a tutte le reti nazionali (N-SIS) e integrato da una rete informativa autonoma (SI.RE.NE).

Il risultato è un archivio che contiene tutti i dati risultanti dai controlli alle frontiere o in occasione di ogni altro accertamento eventualmente svolto sul territorio

[122] La Convenzione di applicazione del Trattato si occupa di precisare i rapporti tra l'accordo e la normativa comunitaria, e inoltre di stabilire le misure concrete per l'abolizione-rafforzamento delle frontiere auspicato nell'Accordo.
[123] L'Accordo di Schengen si divide inoltre in misure a breve termine (artt. 1-16) e a lungo termine (artt. 17-33), in un'ottica di graduale raggiungimento degli obiettivi prefissati.
[124] Accordo fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, art. 17.

di uno Stato Membro, in modo da impedire l'accesso o respingere da qualsiasi punto dell'Area Schengen chiunque non possieda i requisiti d'ingresso o permanenza.

La politica dell'Unione Europea sull'ingresso di cittadini extracomunitari all'interno dell'Area Schengen si è col tempo irrigidita, e una delle cause di tale cambio di rotta deve ritrovarsi innanzitutto negli attentati terroristici avvenuti in rapida successione nei primi anni del nuovo millennio[125], che hanno instillato nell'opinione pubblica il timore della connessione tra l'immigrazione clandestina e l'intrusione di estremisti islamici nel nostro territorio; tale timore è stato poi naturalmente alimentato sia dall'enorme numero di migranti provenienti proprio da zone instabili a causa di conflitti interni, spesso anche di natura religiosa, sia dall'esistenza, più volte comprovata, di collegamenti tra le organizzazioni criminali appartenenti agli Stati d'origine e quelle già radicate nel Paese di arrivo, nel nostro caso ovviamente quelle di stampo mafioso, che hanno portato all'espansione delle rispettive zone di influenza anche attraverso il Mediterraneo[126].

Tuttavia, pur considerata assolutamente pacifica la necessità di trovare una soluzione al dilagante fenomeno migratorio, meno facile si è dimostrato trovare una soluzione capace di mettere d'accordo tutte le 27 politiche nazionali in materia, per cui la prima risposta messa in atto dalla Comunità europea, ossia la riduzione generalizzata degli ingressi, ha visto, col tempo, ampliare la propria portata fino a ricomprendere l'interezza del fenomeno, tramite la corretta e condivisa definizione dei suoi requisiti oggettivi, la collocazione della materia all'interno dell'establishment europeo e la conseguente ripartizione delle competenze tra Stati e Unione, con particolare attenzione alla creazione e rafforzamento degli strumenti di cooperazione interstatale.

Con l'obiettivo di costruire un'esposizione più corretta e sistematica, sembra quindi opportuno partire con la descrizione del graduale percorso che ha portato la

[125] Si ricordano gli attentati dell'11 settembre 2001 negli Stati Uniti, dell'11 marzo 2004 a Madrid, del 7 luglio 2005 a Londra, seguiti poi da una seconda escalation di violenze in Francia, Belgio, Regno Unito, Spagna e Germania tra il 2015 e il 2017.

[126] Un'ampia disanima dei rapporti tra le organizzazioni criminali autoctone e africane, in primis quella nigeriana, è rinvenibile nella relazione del 2° semestre 2018 redatta dalla DIA, che le dedica un intero capitolo. Senza la presunzione di operare qui una sintesi esaustiva, si evidenzia in questa sede l'esistenza accertata del radicamento ormai stabile della mafia nigeriana, soprattutto nella regione siciliana, dove sta riscuotendo enormi guadagni dal traffico di esseri umani e dal business dell'immigrazione clandestina, col benestare delle organizzazioni mafiose locali, le quali richiedono una sorta di tassa alle controparti straniere.

disciplina dell'immigrazione alla sua attuale sistemazione nell'infrastruttura legislativa europea.

Va infatti ricordato che, nell'epoca in cui le politiche dell'Unione erano divise in una struttura "a tre pilastri" e differenziate, in ordine decrescente, a seconda del coinvolgimento delle istituzioni comunitarie nelle procedure decisionali previste per la loro adozione, la materia dell'immigrazione si trovava all'interno del terzo pilastro, denominato "Cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni" (GAI), e caratterizzato dalla completa conservazione della sovranità da parte degli Stati membri, motivo per cui ogni decisione in materia era lasciata alle politiche intergovernative, di natura esclusivamente volontaria.

La situazione ha però cominciato a cambiare con il Trattato di Amsterdam del 1997, noto sia per l'opera di comunitarizzazione[127] di numerose materie prima riservate alla cooperazione intergovernativa, sia per l'inserimento, all'interno del "*framework"* dell'Unione, dello stesso Accordo di Schengen, o, per meglio dire, del suo "*acquis*", ossia tutto l'insieme delle disposizioni che regolano i rapporti tra gli Stati appartenenti all'Area Schengen[128].

Il Trattato ha quindi esplicato i suoi effetti in due diverse direzioni: in primis tramite una modifica del riparto di competenze tra gli Stati e gli organi della Comunità europea in favore di quest'ultimi, i quali hanno visto affidarsi poteri decisionali anche con riguardo al controllo delle frontiere esterne, misure in materia di asilo, misure applicabili ai rifugiati e infine misure in materia di politica di immigrazione, compreso il rimpatrio degli irregolari; in secundis non va trascurato l'impatto politico di tale riassetto, che ha evidenziato la presa di coscienza da parte dell'UE della necessità di fare della politica migratoria comune un proprio obiettivo primario.

---

[127] Per comunitarizzazione si intende il passaggio di una materia dalla competenza intergovernativa a quella comunitaria

[128]Nel concetto di "acquis di Schengen" si deve ritenere incluso:
- l'accordo firmato a Schengen il 14 giugno 1985 tra gli Stati del Benelux, Francia e Repubblica federale di Germania;
- la Convenzione di applicazione dell'accordo, firmata a Schengen il 19 giugno 1990 tra Belgio, Repubblica federale di Germania, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi, nonché l'atto finale e le dichiarazioni;
- i protocolli e gli accordi di adesione all'accordo del 1985 e alla Convenzione di applicazione del 1990 con Italia, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, Danimarca, Finlandia e Svezia;
- le decisioni e le dichiarazioni del Comitato esecutivo istituito dalla Convenzione di Schengen;
- le decisioni per l'attuazione della convenzione adottate dagli organi cui il Comitato esecutivo ha conferito poteri decisionali.

Il definitivo passo in avanti viene però compiuto solo un decennio più tardi con la firma del Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, il quale, con l'intento di dare soddisfazione alle istanze di riforma sollevate durate il precedente Consiglio di Tampere[129], ha ridisegnato le istituzioni comunitarie attraverso la modifica del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea (da quel momento ridenominato Trattato sul Funzionamento dell'UE, o TFUE).

Entrando nel dettaglio della riforma, oltre all'abolizione del sistema dei pilastri, vi sono tre articoli che trattano specificatamente la materia in esame e riconfermano la volontà dell'UE di occuparsi in prima persona della questione, non lasciando più completa autonomia agli Stati; questi sono gli articoli 77, 78 e 79 del Titolo V del TFUE, denominato "Spazio di libertà sicurezza e giustizia", nei quali l'Unione si impegna a:

- (art. 77) "instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne".

- (art. 78) "sviluppare una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti".

- (art. 79) "sviluppare una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani".

Sembra quindi evidente che l'UE si prefigga come obiettivo quello di assistere e guidare gli Stati membri in ogni fase del fenomeno migratorio, ciò sia con riguardo all'accoglimento o respingimento dei migranti, compresa la fase di ingresso, gestione della domanda d'asilo e integrazione all'interno del tessuto sociale o dell'eventuale

[129] Tra le conclusioni raggiunte dal Consiglio europeo, si ricorda il riconfermato impegno a ravvicinare legislazioni penali nazionali in materia, con particolare attenzione alle definizioni, incriminazioni e sanzioni; il rafforzamento della cooperazione giudiziaria europea tramite l'istituzione dell'unità EUROJUST, e infine la decisione di includere, tra i requisiti d'ingresso all'Unione Europea, l'esistenza di un efficace sistema di controllo delle frontiere nel Paese candidato.

rimpatrio, sia con riguardo al contrasto dell'immigrazione clandestina, ma sempre nel rispetto delle norme internazionali in materia; tale atto di impegno, lungi dall'essere fine a se stesso, è stato poi seguito da numerosi altri provvedimenti che saranno adesso esposti.

Innanzitutto, proprio sulla definizione di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, è determinante la direttiva 2002/90/CE del Consiglio dell'UE, che descrive all'art. 1 due condotte alternative: la prima riguarda *«chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri»*; la seconda invece *«chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri».*

Sempre la stessa direttiva inoltre merita menzione in quanto, al medesimo articolo, stabilisce che *«ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata»*; viene quindi confermato, anche in sede europea, il principio internazionale della liceità dell'assistenza umanitaria allo straniero, lasciando all'autonomia degli Stati membri la decisione di adottare o meno sanzioni in questi casi.

Passando alla fase del controllo delle frontiere, la fonte più completa in materia è sicuramente il "Codice delle Frontiere Schengen" del 2006, più volte riformato[130], che, nell'ottica di un controllo ideato *«non solo nell'interesse dello Stato membro alle cui frontiere esterne viene effettuato, ma di tutti gli Stati membri che hanno abolito il*

[130] L'ultima riforma del regolamento (CE) n. 562/2006, risalente al regolamento 2016/399, ha ampliato le possibilità di istituire in via eccezionale dei controlli alle frontiere interne all'area Schengen, per un tempo limitato, nei casi in cui:
- vi sia una grave minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna: i controlli alla frontiera possono essere ripristinati dai paesi Schengen interessati per una durata massima di sei mesi in caso di eventi prevedibili (ad esempio importanti eventi sportivi, convegni, ecc.) e per un massimo di due mesi in caso di eventi che richiedano un'azione immediata;
-il meccanismo di valutazione Schengen riscontri gravi e persistenti carenze nei controlli alle frontiere esterne, che mettano a rischio il funzionamento complessivo dello spazio Schengen. In tali circostanze, il Consiglio può raccomandare che uno o più Paesi dell'UE ripristinino i controlli di frontiera in tutte le loro frontiere interne o in parti specifiche delle stesse per un massimo di due anni.

controllo di frontiera interno» e finalizzato *«alla lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani, nonché alla prevenzione di qualunque minaccia per la sicurezza interna, l'ordine pubblico, la salute pubblica e relazioni internazionali degli Stati membri*», ha incaricato la già menzionata Agenzia FRONTEX della gestione e del coordinamento dei controlli svolti in cooperazione tra gli Stati. «»

Entrando maggiormente nel dettaglio, influenzano la materia in esame:

- l'art. 4, che obbliga tutti gli Stati membri a imporre sanzioni in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere;

- l'art. 6, che impone alle guardie di frontiera di esercitare le proprie funzioni nel rispetto della dignità umana, in assenza di qualsiasi tipo di discriminazione e in maniera proporzionata altri obiettivi perseguiti;

- l'art 7, che prevede verifiche più approfondite alla frontiera per i cittadini di Paesi terzi, sia all'ingresso che all'uscita, compresa la verifica delle condizioni di ingresso stabilite nello stesso codice;

- l'art 13, che autorizza il respingimento dei cittadini extracomunitari che non soddisfino le condizioni di ingresso, ma solo con provvedimento conforme al modello unico previsto nello stesso codice[131], ossia emanato e motivato da parte di una autorità competente, con possibilità di ricorso, e sempre nel rispetto di eventuali disposizioni particolari riguardo il diritto di asilo e la protezione internazionale.

Tra le varie riforme a cui è stato sottoposto il suddetto Codice, spicca quella operata con la decisione 2012/252/UE, che introduce delle norme specifiche per la sorveglianza delle frontiere marittime, definendo maggiormente le regole di pattugliamento congiunto via mare e le regole sullo sbarco delle persone soccorse in mare, nell'ottica di un potenziamento dell'Agenzia FRONTEX.

Nella lotta all'immigrazione clandestina particolare importanza riveste il "Patto Europeo sull'immigrazione di asilo", adottato dal Consiglio europeo nel 2008; sebbene questo non costituisca un trattato giuridicamente vincolante, ma solo un testo

[131] Regolamento (CE) n. 562/2006, allegato V, parte B

politico, il Patto rappresenta l'impegno condiviso dei 27 Paesi coinvolti a uniformare le proprie politiche nazionali per perseguire cinque obiettivi strategici comuni, ossia:

- organizzare l'immigrazione legale tenendo conto delle priorità, delle esigenze e delle capacità d'accoglienza stabilite da ciascuno Stato membro e favorire l'integrazione;

- combattere l'immigrazione clandestina, in particolare assicurando il ritorno nel loro paese di origine o in un paese di transito, degli stranieri in posizione irregolare;

- rafforzare l'efficacia dei controlli alle frontiere;

- costruire un'Europa dell'asilo;

- creare un partenariato globale con i paesi di origine e di transito che favorisca le sinergie tra le migrazioni e lo sviluppo.

Sebbene questi obiettivi abbiano un valore di per sé solo programmatico, il Patto definisce anche i tempi di applicazione e gli strumenti concreti con cui devono essere attuate le misure ideate per la loro esecuzione e, di particolare importanza per questa trattazione, sono quelle ricollegate al secondo punto: tra queste l'UE inserisce innanzitutto procedure di regolarizzazione "caso per caso e non generali", in accordo col divieto di respingimenti collettivi sancito all'art. 19 della Carta di Nizza ; a seguire viene annunciata l'intenzione di stipulare, se necessario, accordi di riammissione con i Paesi di provenienza, sia a livello comunitario che bilaterale; infine viene favorito l'incremento della collaborazione tra gli Stati nella fase di controllo delle frontiere, tramite un rafforzamento dei mezzi operativi di FRONTEX, del sistema di scambio delle informazioni e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare.

Inoltre, sempre in tema di allontanamento e rimpatrio degli stranieri irregolari, viene in soccorso la direttiva 2008/115/CE (cosiddetta direttiva-rimpatri), la quale punta a uniformare le normative nazionali nel rispetto dei diritti umani sanciti in ambito internazionale, e soprattutto del principio del non refoulement.

A tal riguardo è giusto sottolineare che il noto principio internazionale gode in questa sede di un'applicazione più specialistica e aderente alla realtà europea, in quanto viene infatti stabilito che il rimpatrio, prima di essere operato nel Paese terzo,

debba essere preceduto da un controllo sull'esistenza di un permesso di soggiorno valido, o di altra autorizzazione comunque valida a soggiornare, in un altro Stato Membro, nel qual caso il rimpatrio deve essere indirizzato verso quest'ultimo[132]; si nota qui la chiara osservanza della presunzione che qualsiasi Stato appartenente all'area Schengen possa essere considerato senza dubbio un luogo sicuro, presunzione che si trova anche alla base dei criteri del sistema di Dublino, esposto qui di seguito.

Una attenta analisi meritano infatti le norme relative al sistema di Dublino[133], perché, sebbene queste non interessino l'immigrazione clandestina dal punto di vista penalistico, la persistente inadeguatezza del sistema di gestione dei migranti in esse previsto viene comunemente posto tra i fattori alla base delle politiche di chiusura portate avanti da diversi Stati Membri, tra cui l'Italia, e quindi la loro comprensione è necessaria per delineare con chiarezza il contesto in cui si svolgono i fatti oggetto di questa trattazione.

La prima normativa da prendere in considerazione è quella sancita nella "Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità Europee", firmata il 15 giugno 1990 e comunemente detta Convenzione di Dublino, perché firmata nell'omonima città.

La Convenzione, dal titolo già di per sé esplicativo della ratio del documento, stabilisce appunto le regole che decidono il Paese a cui spetta l'onere di esaminare la domanda d'asilo di un rifugiato[134], regole che, come lamentato da numerosi autorevolissimi personaggi[135], sono tanto efficaci sulla carta quanto di scarsa applicazione nella realtà fattuale.

---

[132] Direttiva 2008/15/CE, art. 6 comma 2

[133] Con tale termine si fa riferimento al sistema normativo costituto dalla Convenzione di Dublino del 1990, il Regolamento (CE) 343/2003, e infine il Regolamento (UE) n. 604/2013

[134] All'art. 1 viene espressamente statuito che il concetto di rifugiato usato nella Convenzione richiama in toto il significato attribuitogli dalla Convenzione di Ginevra del 1951, modificata dal Protocollo di New York.

[135] Come riportato dal giornale Il Post, *Come funziona il trattato di Dublino,* tra i promotori di una rapida riforma del Sistema di Dublino possiamo citare il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, che ha auspicato l'introduzione di *«regole comuni sul diritto d'asilo per superare con regole nuove e condivise l'accordo di Dublino»*, e il presidente della Commissione Europea Jean-Claude Juncker, che ne ha chiesto "modifiche fondamentali" durante il suo discorso sullo Stato dell'Unione del 9 settembre.

Se, infatti, la Convenzione assicura l'esistenza di una "gerarchia dei criteri[136]", che vede la regola dello Stato di ingresso come secondaria rispetto a quella del ricongiungimento familiare e del titolo di soggiorno, di fatto tale criterio è diventato l'unico applicabile nell'ambito dell'attuale crisi migratoria, perché, come chiaramente indicato all'art. 6, *«se il richiedente l'asilo ha varcato irregolarmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da uno Stato non membro delle Comunità europee, la frontiera di uno Stato membro, e se il suo ingresso attraverso detta frontiera può essere provato, l'esame della domanda di asilo è di competenza di quest'ultimo Stato membro»*[137].

Il problema è quindi duplice: da una parte l'innegabile inadeguatezza della Convenzione, non ideata per fronteggiare un evento migratorio di enorme portata come quello attuale, perché finisce col gravare interamente sulle spalle dei Paesi che geograficamente sono esposti agli ingressi irregolari, ossia Italia, Grecia, Spagna e Malta; dall'altra il vero ostacolo si è però dimostrato l'egoismo nazionale dei Membri dell'Unione, che hanno abbracciato una politica isolazionista anziché solidaristica, e reso quindi inutili i due successivi interventi di riforma.

Il primo di questi è stato operato con il reg. 343/2003, comunemente conosciuto come Dublino II, che ha integralmente abrogato e sostituito la precedente normativa, anche se, come anticipato, con scarsi risultati concreti.

Se infatti non si può negare che questo documento abbia il pregio di chiarire, nel suo preambolo, quale sia l'obiettivo dell'Unione in materia di asilo, ossia creare un regime europeo comune che eviti disparità nei confronti dei richiedenti asilo a seconda del Paese in cui la domanda viene esaminata, non si può però non evidenziare il fatto che il conseguimento di tale fine dipende in realtà da un raggiunta armonizzazione delle politiche nazionali, la quale deve essere quindi precedente e propedeutica al buon funzionamento di tale regolamento, e per questo motivo poco sorprende che sia l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) sia il Consiglio europeo

[136] La Convenzione di Dublino, all'art. 3 n. 2, stabilisce infatti che *«I criteri di cui agli articoli da 4 a 8 si applicano seguendo l'ordine in cui sono presentati»*.
[137] Convenzione di Dublino, art. 6 comma 1

per i rifugiati e gli esuli (ECRE) abbiano subito espresso le loro perplessità e il desiderio di una rapida riforma ulteriore della materia[138].

L'UE è intervenuta ancora una volta a 10 anni di distanza, con l'emanazione di un nuovo regolamento, il 604/2013 (Dublino III), che ha abrogato la normativa appena esposta introducendo alcune novità che, per quanto significative, non intaccano in alcun modo il seme della discordia costituito dall'assenza di nuove regole per la competenza della domanda d'asilo da parte degli immigranti irregolari, o l'auspicata introduzione di quote di ricollocamento.

Il nuovo testo infatti riconferma ancora una volta il già criticato criterio del primo Paese di arrivo come unico possibile, e anzi, nell'ottica di una maggiore protezione dei diritti del migrante, vengono imposti obblighi più stringenti allo Stato competente nell'esame della domanda d'asilo[139], con l'unico effetto di aumentare ulteriormente la pressione imposta sui Paesi già maggiormente gravati.

Numerosi altri progetti di riforma[140] sono stati presentati negli anni successivi per superare l'impasse, ma tutti sono falliti perché gli ostacoli già menzionati sono ancora presenti e inamovibili: finché mancherà in Europa la volontà di fare fronte comune alla crisi, nessun passo avanti potrà essere compiuto, e le differenze che già dividono l'Unione non faranno che aggravarsi.

Infine, un ruolo di primaria importanza nel diritto comunitario è svolto indubbiamente dalle due fonti di massimo spessore nella tutela dei diritti umani, ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000, e

[138] Uno studio pubblicato nel 2006 dall'UNHCR ha rilevato che la problematica più grave ancora da risolvere consiste nel rischio che il richiedente asilo venga inviato fuori dello spazio regolato da Dublino II senza che la sua richiesta sia stata di fatto esaminata da uno Stato Membro.

[139] Si veda ad esempio Reg. 604/2013, art. 27 comma 2 lett. b), dove viene statuito che, a differenza della disciplina precedente, "il trasferimento sia automaticamente sospeso e che tale sospensione scada dopo un determinato periodo di tempo ragionevole durante il quale un organo giurisdizionale ha adottato, dopo un esame attento e rigoroso, la decisione di concedere un effetto sospensivo al ricorso o alla revisione".

[140] Si ricordano, tra le altre, le due proposte presentate dalla Commissione e dal Parlamento nel corso del 2017, entrambe fallite. Queste auspicavano un superamento del criterio del primo Paese d'arrivo, la prima tramite un meccanismo correttivo di ridistribuzione dei richiedenti asilo (spartiti in quote calcolate sulla base della popolazione e del pil dei vari stati membri), che scatterebbe solo quando la capacità di accoglienza di uno stato abbia superato la soglia del 150 per cento, la seconda invece con un meccanismo permanente e automatico di ricollocamento dei richiedenti asilo secondo un sistema di quote, a cui avrebbero dovuto partecipare tutti gli Stati dell'Unione.

la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) entrambe giuridicamente vincolanti per tutti i cittadini dell'UE.

Tuttavia, tanto per la Carta di Nizza che per la CEDU, si rinvia lo studio degli articoli maggiormente richiamati e dibattuti al paragrafo che segue, perché è proprio nelle pronunce della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si è svolta la maggior opera di interpretazione circa la loro applicabilità e il difficile rapporto con la sovranità statale.

3.2. *LA GIURISPRUDENZA DELLA CGUE E DELLA CORTE EDU*

È assolutamente incontestata l'importanza che rivestono nel diritto comunitario le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: sarebbe quindi errato pensare di poter definire la posizione prevalente assunta in materia di immigrazione nell'ambiente europeo senza considerare attentamente il contributo dato dalla giurisprudenza di queste due Corti, il cui ruolo di garanzia sia nell'interpretazione che nel rispetto della normativa comunitaria ha da sempre influenzato le politiche degli Stati Membri tanto quanto gli atti stessi provenienti dalle istituzioni dell'UE.

Si vuole quindi in questa sede operare un'analisi di alcune rilevanti pronunce che hanno ad oggetto la disciplina del respingimento del migrante, soprattutto in rapporto con il noto principio di non refoulement, enfatizzando, quando possibile, il confronto tra gli orientamenti delle due Corti.

Il primo caso, che esplora il tema dell'estensione dei poteri statali in ambito di controllo delle frontiere, è Hirsi Jamaa e altri c. Italia[141]; che ha portato a una decisiva condanna dell'Italia da parte della Grande Camera della Corte EDU per violazione dell'articolo 3 CEDU[142], quando, dopo un primo soccorso in alto mare operato dalle autorità maltesi, un gruppo di 24 migranti, trasferiti su delle navi militari italiane, sono stati poi da queste riportati direttamente in Libia, in esecuzione del noto "Trattato di amicizia" da poco firmato.

[141] Ricorso n. 27765/09
[142] CEDU, art. 3: *«Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»*.

L'Italia è stata conseguentemente accusata di due gravi violazioni della normativa in ambito di protezione internazionale: innanzitutto aver completamente trascurato il procedimento individuale per l'eventuale assegnazione dello status di rifugiato, dando quindi luogo a un indiscriminato respingimento di massa, e inoltre aver infranto il principio di "non refoulement", perché consapevole non solo delle degradanti condizioni detentive a cui i migranti sarebbero stati sottoposti in Libia, ma anche della probabilità, avvalorata da numerosi precedenti, che da questa sarebbero stati poi rimpatriati nei rispettivi Stati d'origine.

Prima di procedere alla decisione della Corte, è doveroso dare spazio alla questione del fondamento della giurisdizione, e quindi della punibilità, dello Stato italiano nel caso in esame, sollevata in primis in un parere presentato dall'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati, secondo cui bisogna equiparare la giurisdizione *de jure*, prevista dal diritto internazionale in capo allo Stato coinvolto dalla presenza di navi battenti la bandiera nazionale, alla giurisdizione *de facto*, che sussiste nel momento in cui lo Stato mantiene in mare un controllo effettivo sulla situazione e le persone coinvolte, a prescindere dalla presenza di proprie unità navali: tale tesi è stata condivisa dalla stessa Corte[143], che ha poi rilevato, nel caso concreto, la presenza di entrambe.

In linea con le obiezioni già richiamate in precedenza sulla illegittimità della decisione della Corte Suprema[144] in ambito di respingimenti collettivi in alto mare, poco sorprende la decisione della Corte di optare per la condanna dell'Italia, ma il caso in esame viene comunque riportato perché presenta degli autonomi spunti di riflessione: non solo vengono sollevate le problematiche che derivano dall'applicazione concreta del principio del luogo sicuro nei confronti della Libia, con ripercussioni sul margine di libertà lasciato agli Stati riguardo la stipula di accordi bilaterali, ma primaria importanza riveste la riaffermazione, stavolta in sede esclusivamente europea, dell'illegittimità di qualsiasi respingimento collettivo che trascuri l'esame della situazione individuale del migrante.

---

[143] Cfr. spec. paragrafo 81, *«Ora, la Corte nota che nella presente causa i fatti si sono svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali. Ad avviso della Corte, sin dalla salita a bordo delle navi delle forze armate italiane e fino alla consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si sono trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, tanto de jure quanto de facto, delle autorità italiane»*.

[144] V. supra, Cap. II §§ 2.4.

Tuttavia, la pronuncia appena esposta diventa spunto di riflessione ancora maggiore se, invece di essere vista individualmente, viene messa in relazione al percorso giurisprudenziale seguito dalla Corte riguardo la portata di tale principio, percorso che possiamo ricostruire riportando altri tre casi similari: *Sharifi e altri c Italia e Grecia*[145]*, Mannai c. Italia*[146]*, Khlaifia e altri c. Italia*[147]*,*

Mentre nei primi due la Corte si mantiene fedele alla propria giurisprudenza, che sottolinea espressamente la necessità della audizione e della difesa individuale degli interessati, ritenendo altresì assolutamente ininfluente l'esistenza di interessi nazionali in contrasto con la tutela di tali diritti[148], nel terzo caso siamo testimoni di un radicale cambio di rotta, perché la Corte sceglie di passare dall'assoluta necessità alla mera possibilità di essere ascoltati individualmente, tenendo conto delle possibilità concrete dello Stato ospitante[149].

Sembra quindi che la stessa Corte, col passare degli anni, abbia ammorbidito il proprio giudizio, prendendo atto della crescente insostenibilità della situazione dei Paesi maggiormente coinvolti dalla crisi migratoria, e scelto di optare per un bilanciamento tra il diritto degli Stati a mantenere l'ordine pubblico sul proprio territorio e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Passando invece al percorso svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, bisogna innanzitutto premettere che, sebbene in massima parte questa sia orientata a coordinare la propria giurisprudenza con quella della Corte EDU, vista la somiglianza dei principi a cui entrambe fanno riferimento a dispetto della diversità di fonti[150], sarebbe erroneo non riconoscere alla CGUE un certo grado autonomia: in tal

---

[145] Ricorso n. 16643/09
[146] Ricorso n. 9961/10
[147] Ricorso n. 16483/12
[148] La giurisprudenza della Corte traccia una distinzione tra la tutela offerta dall'art.33 della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e quella dell'art. 3 della CEDU, ritenendo che la mancata previsione di eccezioni nella seconda, a differenza della prima, debba essere interpretata come l'impossibilità di opporre qualsiasi interesse nazionale al rispetto delle garanzie previste.
[149] Cfr. spec. par. 248, *«La Corte tiene a precisare che l'articolo 4 del Protocollo n. 4 non sancisce in ogni circostanza il diritto a un colloquio individuale; le esigenze di questa disposizione, infatti, possono essere soddisfatte quando ciascuno straniero ha la possibilità, reale ed effettiva, di invocare gli argomenti che si oppongono alla sua espulsione, e questi ultimi vengono esaminati in maniera adeguata dalle autorità dello Stato convenuto».*
[150] In tal senso sono lampanti gli esempi offerti dalla comparazione testi degli artt. 3 della CEDU e 4 della Carta di Nizza, assolutamente identici, relativi alla proibizione della tortura, o più semplicemente la previsione dell'art. 52 comma 3 della Carta di Nizza, che parifica lo standard minimo di tutela dei diritti in essa sanciti a quello garantito dalla CEDU: *«laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e*

senso, è stato affermato che *«la corte di Lussemburgo, nonostante l'ammirevole sforzo di dare ai diritti fondamentali un posto di primaria importanza nella gerarchia delle fonti del diritto comunitario, non può mai perdere di vista esigenze di carattere più generale quali sono quelli che si ricollegano all'integrazione europea»*[151].

L'indipendenza della CGUE è stata da essa stessa rivendicata espressamente in una pronuncia del 2009, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*[152], dove la Corte ha messo in chiaro che la disciplina della protezione internazionale, ivi compreso il principio di "non refoulement", pur nel rispetto dell'art. 3 della CEDU e della giurisprudenza della sua Corte, è sancito in altre fonti proprie del diritto comunitario, e in particolare nella direttiva 2004/83/CE[153], con la conseguenza che il principio del non respingimento, in conformità all'art. 52 comma 3 (*v. nota 85*), può avere una portata particolare e ulteriore rispetto a quella offerta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

E proprio sull'interpretazione di tale direttiva la Corte si è espressa[154] nel caso in esame, ritenendo che il diritto comunitario conceda una tutela maggiore rispetto a quella prevista dall'art. 3 CEDU, poiché include tra le cause che possono giustificare la concessione della protezione internazionale sussidiaria, all'art. 15 lett. c., la presenza di particolari circostanze personali e/o (in rapporto inversamente proporzionale), una situazione di violenza indiscriminata nel Paese d'origine, condizione invece non contemplata dalla Convenzione.

Parallelamente a quanto già osservato per la Corte EDU, anche il giudice dell'Unione ha percorso un simile iter giurisprudenziale, finendo con l'adottare una

delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

[151] B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali l'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *Scritti di diritto internazionale*, vol. II, Napoli, 2003.

[152] C-465/07.

[153] Ora rifusa nella direttiva 2011/95/UE.

[154] Molto chiara è la Corte al punto 28 della sentenza citata: *«benché il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 della CEDU faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo venga presa in considerazione nell'interpretare la portata di tale diritto nell'ordinamento giuridico comunitario, tuttavia è l'art. 15, lett. b), della direttiva che sostanzialmente corrisponde al detto art. 3. Per contro, l'art. 15, lett. c), della direttiva è una disposizione con un contenuto diverso da quello dell'art. 3 della CEDU e deve pertanto essere interpretato autonomamente, pur nel rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU».*

linea mediatrice tra la tutela dei diritti da un lato, e la discrezionalità degli Stati membri a gestire la propria politica migratoria dall'altro.

I testi rilevanti nella definizione di questo orientamento possono essere individuati nelle due sentenze *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve c. Moussa Abdida*[155] e *C.K. e altri c. Republika Slovenija*[156], dalle quali si può evincere il seguente principio di diritto, esplicativo dell'orientamento ormai abbracciato della CGUE in materia di immigrazione e non refoulement: anche se esistono delle situazioni che, in osservanza degli obblighi internazionali, obbligano gli Stati Membri a prendersi carico del migrante e di conseguenza rendono impraticabile l'allontanamento dal proprio territorio, nel caso concreto è rimessa proprio agli Stati la valutazione discrezionale riguardante sia l'effettiva rilevanza dei rischi paventati dai soggetti, sia le misure concrete da adottare in esecuzione di tale presa in carico[157].

Conclusione: la teoria della sovranità funzionale come soluzione allo stallo della politica europea sull'immigrazione

Sono stati ampiamente descritti i problemi principali che impediscono all'Unione Europea di affrontate efficacemente la crisi migratoria. L'improvviso e inaspettato aumento del flusso migratorio, indirizzato soprattutto agli Stati dell'Europa meridionale, ha messo fortemente alla prova non solo la legislazione europea in materia di immigrazione, frontiere, e asilo, ma gli stessi principi fondanti dell'Unione, a partire dal principio di solidarietà[158], spesso trascurato nell'ondata di sentimenti nazionalisti che ha trovato terreno fertile in numerosi Stati membri.

---

[155] C-562/13

[156] C-578/16

[157] Nelle cause in esame, si valuta l'incisività dei problemi di salute dello straniero sulla possibilità di trasferimento verso un Paese che abbia degli standard di cura, in vista di una possibile violazione dell'art. 3 della CEDU. Illuminante, nel senso del bilanciamento tra tutela dei diritti e prerogative degli Stati, la lettura congiunta dei punti 48 e 61 della sentenza C-562/13. Al punto 48: *«in casi del tutto eccezionali, in cui l'allontanamento di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia verso un paese nel quale non esistono terapie adeguate violerebbe il principio di non-refoulement, gli Stati membri non possono quindi procedere a tale allontanamento»* e in seguito, punto 61: *«si deve tuttavia osservare che spetta agli Stati membri stabilire la forma che deve rivestire tale presa in carico delle esigenze basilari del cittadino interessato di un paese terzo».*

[158] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, art. 222: *«l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco*

Il fronte più problematico rimane quello della sovranità dei singoli Stati, i quali, soprattutto in questa materia così delicata per i suoi risvolti sia di natura politica che di sicurezza interna, preferiscono concentrarsi su obiettivi individuali a breve termine invece che rinunciare alle proprie prerogative per raggiungere un'armonizzazione che persegua gli interessi dell'intera Comunità, e di conseguenza impediscono all'Unione di concepire una risposta ben strutturata ed efficace.

Un primo passo per risolvere questo impasse potrebbe essere quello di rivalutare il concetto stesso di sovranità, passando da una visione spaziale e di dominio ad una visione "funzionale": in altre parole, l'ambito di applicazione della sovranità dello Stato non andrebbe ricercato nell'idea di territorio come bene dello Stato, ma come spazio in cui si svolgono gli interessi preminenti dello Stato e di conseguenza si esplica il suo potere di governo di tali interessi e attività collegate[159].

Concetto questo che in realtà non è nuovo, come risulta evidente facendo un semplice parallelismo con un principio del diritto internazionale noto e infatti più volte richiamato, ossia l'estensione della territorialità dello Stato ad ogni nave battente la propria bandiera, basata non su una nozione geografica, ma sull'assunto che lo Stato di appartenenza sia presente ovunque si svolgano le attività di chi appartiene alla sua comunità, e di conseguenza sia l'unico ad avere il diritto di esercitare la propria sovranità su di esso.

Ma più in generale, operando un richiamo a quanto già osservato per il diritto internazionale marittimo, questo concetto di sovranità è più che mai radicato, e trova infatti numerosi riscontri nelle norme che limitano l'esercizio della giurisdizione nazionale: possiamo ricordare il diritto al passaggio inoffensivo nelle acque territoriali, che viene meno solo quando le conseguenze del reato si estendano allo Stato costiero, o ancora il regime vigente nella Z.E.E, che consente allo Stato costiero di agire solo e soltanto a protezione degli interessi che gli sono riconosciuti in via esclusiva dalla Convenzione; in tutti questi casi è evidente come non sia tanto il criterio spaziale a

terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. L'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per…».

[159] Per un approfondimento sul tema della sovranità funzionale si veda QUADRI, *Sovranità funzionale e immigrazione nel diritto internazionale: il caso europeo,* Editoriale scientifica, Napoli, 2018

determinare la libertà dello Stato a esercitare la propria sovranità, quanto la protezione degli interessi che appartengono alla propria comunità.

L'applicazione pratica della sovranità funzionale può essere ritrovata anche in diverse disposizioni che regolano il contrasto di determinate fattispecie, cioè quei crimini universalmente riconosciuti[160] che possono essere perseguiti da qualsiasi Stato e in qualsiasi zona di mare; ancora una volta si palesa il concetto che non è tanto il territorio, quanto invece la tutela degli interessi degli Stati che possono da questi crimini essere minacciati, a giustificare il loro perseguimento, a prescindere dalla zona dove avviene la consumazione.

Tuttavia, proprio la facoltà di perseguimento da parte di ogni Stato, anche in assenza di un qualsiasi danno diretto alla propria comunità, deve far riflettere sull'esistenza di un principio generale, riconosciuto implicitamente da tutte le nazioni, che garantisce la possibilità di agire per la tutela di interessi non esclusivamente nazionali ma comuni a tutti gli Stati, e porta quindi a chiedersi se tale potere-dovere possa applicarsi anche in merito all'immigrazione clandestina[161].

Per poter rispondere al suddetto quesito, bisogna iniziare dalla premessa che, tra gli interessi e valori che possiamo definire universalmente condivisi dalla comunità internazionale, vi è sicuramente ricompresa la tutela dei diritti umani, che sono sanciti e tutelati da innumerevoli fonti tanto a livello globale quanto a livello europeo: il punto di partenza è quindi l'assunto che i concetti di sovranità e giurisdizione, nella nuova veste appena descritta, siano da ritenere validi non solo nell'ambito del contrasto ai crimini universali ma anche in sede di tutela dei diritti umani, che sono universalmente riconosciuti in egual misura.

In secondo luogo, va anche preso in considerazione che la concezione di sovranità in termini di funzionalità, mentre in alcuni casi permette l'estensione della giurisdizione anche fuori dal proprio territorio, allo stesso tempo può comportare una restrizione nelle competenze statali, in quanto subordina l'esercizio dei poteri coercitivi all'effettiva lesione di interessi che trovino riconoscimento a livello

[160] V. supra, Cap. II §§ 2.3.
[161] In tal senso, e in misura più approfondita, si veda QUADRI, *Sovranità funzionale e immigrazione nel diritto internazionale: il caso europeo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

internazionale, come già evidenziato negli esempi prima richiamati, e di conseguenza obbliga gli Stati ad accettare un determinato standard di cooperazione, o quantomeno di "co-sovranità", che deriva inevitabilmente dalla scelta di aderire a un'organizzazione internazionale.

Tale limitazione viene interpretata da parte della dottrina[162] come un vero e proprio obbligo erga omnes nei confronti degli altri Stati, identificabile in un generale "diritto alla cooperazione", assunto coerente con la strada intrapresa sia dalla comunità internazionale che dall'Unione orientata alla costruzione di un rapporto di interdipendenza tra le Nazioni.

La tesi appena descritta viene avvalorata dalla stessa Corte internazionale di giustizia, che ha ammesso, in una decisione del 1970 relativa al caso della "Barcellona Traction"[163], l'esistenza in capo agli Stati di due tipi di obbligazioni, le prime nei confronti di altri singoli Stati, le altre in favore della comunità internazionale: queste devono quindi essere considerate erga omnes.

D'altronde non è di certo impensabile, nella moderna società globalizzata, l'idea di uno Stato che faccia legittimamente prevalere interessi comuni rispetto ai propri, ma al contrario il sacrificio dell'esclusivo vantaggio individuale, nel perseguimento di una politica comune, è la premessa fondamentale di qualsiasi organizzazione sovranazionale, e sicché non si può negare che la tutela dei diritti umani rientri a pieno titolo tra gli interessi protetti della Comunità europea, sorge spontaneo dubitare se possa considerarsi legittima la persistente riluttanza degli Stati membri a cooperare nella gestione della crisi migratoria, durante la quale si verificano continuamente gravissime violazioni nella tutela della vita e della libertà.

In conclusione, avendo già esposto le difficoltà che impediscono sia di inquadrare l'immigrazione clandestina tra i crimini universali, sia di equipararla alla tratta di esseri umani, forse il modo più rapido per permettere all'UE di intraprendere

---

[162] Si veda P. PICONE, D*iritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale,* in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982

[163] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), p. 32: "in particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of al1 States. In view of the importance of the rights involved, al1 States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes".

una politica comune ed efficace nel breve termine è quello di superare l'isolazionismo nel quale molti dei suoi membri, in diversa misura, si sono rinchiusi per loro stessa volontà, e incominciare invece una nuova politica di vera solidarietà che, partendo da una decisa presa di coscienza condivisa, superi il mero controllo congiunto delle frontiere e la cooperazione giudiziaria.

CAPITOLO III

La discrezionalità del legislatore: diritto interno e relazioni diplomatiche

1. Premessa: l'ultimo tassello del mosaico normativo

La normativa italiana in materia di immigrazione è stata costruita naturalmente nella cornice composita, oltre che dalla Costituzione, anche dagli accordi internazionali e dal diritto comunitario. Per questo motivo, una volta completato l'esame delle principali fonti appartenenti al diritto internazionale ed europeo, è possibile svolgere un'analisi consapevole del modo in cui l'Italia, nello spazio di discrezionalità così riservatole, abbia deciso di gestire la propria politica migratoria e la disciplina penalistica che da essa deriva, nella perenne ricerca di equilibrio tra tutela dei confini e rispetto dei diritti umani.

Sempre in accordo con la premessa che lo studio dell'intricata repressione penale del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e ancor di più la sua eventuale applicabilità all'operato delle ONG, sia impossibile da inquadrare completamente senza una previa comprensione dell'intera normativa in materia, costituendone solo un singolo e specifico aspetto, lo scopo di questo capitolo è quello di restringere ulteriormente il campo di ricerca e terminare infine la ricostruzione del contesto legislativo in cui trova luogo la disciplina penale, a cui sarà esclusivamente dedicato il prossimo capitolo.

In esecuzione di quanto appena annunciato, saranno qui di seguito esposte innanzitutto l'evoluzione della normativa nazionale, dagli albori ante-repubblicani fino alla nascita del Testo Unico sull'immigrazione del 1998, compreso delle più incisive riforme[164], alcune recentissime, che ne hanno modificato portata, scopo e contenuto;

[164] Ci si riferisce alla l. n. 94/2009, che ha modificato l'art. 12 introducendo il comma 10-bis, ossia il reato di immigrazione clandestina; il d.l. n. 113/2018, che ha modificato radicalmente la disciplina della protezione umanitaria e della permanenza degli immigrati; il d.l. n. 53/2019, che ha introdotto una nuova

infine sarà dedicata debita attenzione al Codice di condotta per le ONG del 2017, e in particolare la sua relazione con i già citati accordi bilaterali con la Libia, sempre più al centro del dibattito internazionale a causa delle ripetute denunce di violazione dei diritti umani.

2. Origine, evoluzione e criticità della normativa

A causa dei recenti eventi, il tema dell'immigrazione ormai occupa regolarmente un posto privilegiato nelle intenzioni del legislatore e nell'attenzione dei media, ma fino agli anni '80 l'argomento veniva ancora considerato un fenomeno minore che interessava solo i Paesi dell'Europa centro-settentrionale, e per tale ragione era disciplinato in massima parte da provvedimenti di polizia riferiti ai cittadini stranieri, mentre l'unico riferimento legislativo era costituito da alcune norme contenute nel Titolo VI del regio decreto n. 773 del 1931, denominato "Testo unico della legge di pubblica sicurezza" [165].

Per circa cinquant'anni è mancata una normativa specifica e comprensiva dell'intera materia, continuamente gestita per mezzo di una politica emergenziale rappresentata principalmente da una serie di circolari ministeriali finalizzate a sanare e regolarizzare di volta in volta la situazione degli immigrati presenti sul territorio, anche se con esclusivo riguardo all'aspetto lavorativo[166].

Dalla nascita della Repubblica Italiana, il primo atto legislativo nato al fine di dare una disciplina sistematica all'immigrazione è la l. n. 943 del 1986, recante "norme in materia di collocamento e trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazione clandestine"; tale normativa però era stata ideata in attuazione della nota "Convenzione O.I.L.[167]", per cui lo scopo e la portata della legge si limitavano ad assicurare la parità lavorativa tra lavoratori italiani e stranieri, ignorando invece gli altri aspetti fondamentali del fenomeno, quali ad esempio

misura ministeriale di controllo delle acque territoriali e inasprito il trattamento sanzionatorio del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

[165] Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 146 del 26 giugno 1931.

[166] COLOMBO - SCIORTINO, *Stranieri in Italia - Assimilati ed esclusi*, il Mulino, Bologna, 2002.

[167] Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (O.I.L.) n. 143 del 24 giugno 1975, sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti.

l'ordine pubblico, la protezione internazionale, la prevenzione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

La prima vera e propria regolamentazione organica del settore arriva quindi alcuni dopo con la legge n. 39/1990, anche detta "legge Martelli", avente ad oggetto "norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolamentazione dei cittadini extracomunitari e apolidi già presenti nel territorio dello Stato": già il titolo è esplicativo della maggiore portata applicativa del testo in esame, che infatti puntava a riformare completamente gli aspetti che rimanevano ancora obsoleti, servendosi degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali recentemente consolidatisi.

In primis veniva riformata la disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli immigrati secondo un doppio binario, che da un lato prevedeva l'introduzione di nuovi strumenti di controllo nelle mani della polizia, e dall'altro teneva conto anche dei principi fondamentali del diritto d'asilo e riconoscimento dello status di rifugiato; le competenze in materia inoltre venivano trasferite dal Ministero del Lavoro al Ministero dell'Interno, segno sia della maggiore portata della nuova disciplina sia della rinnovata attenzione rivoltale allo stesso tempo dal legislatore italiano e da quello europeo; infine per la prima volta veniva operata una vera riforma della parte penalistica, che ancora rimaneva ancorata al vecchio Testo unico del '31.

A titolo esemplificativo, in materia di controllo delle frontiere ed espulsione troviamo sia l'art. 2, che negava il visto a chiunque fosse ritenuto, alla luce dei *«riscontri obiettivi da parte della polizia di frontiera»*, pericoloso per la sicurezza dello Stato, manifestamente sprovvisto di mezzi idonei di sussistenza, o ancora chi avesse commesso determinati reati particolarmente gravi, sia l'art. 7, che prevedeva i casi di espulsione dello straniero verso lo Stato di appartenenza o di provenienza, oppure ancora in altra destinazione, a discrezione dell'autorità di pubblica sicurezza, in caso di possibili rischi di persecuzione.

Con riguardo alla specifica disciplina del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, particolare importanza rivestiva l'art. 3 comma 8, che sanzionava penalmente chiunque compisse *«attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto punito con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire due milioni»* e comma 9,

che prevedeva un illecito amministrativo a carico dei vettori aerei, terrestri o marittimi che non avessero verificato il possesso dei documenti necessari all'ingresso nello Stato da parte dello straniero, oppure che avessero omesso di denunciare la presenza di clandestini a bordo[168].

Nonostante l'organica disciplina appena esposta, l'enorme aumento di flussi migratori verso le coste italiane ha costretto in breve tempo il legislatore a intervenire nuovamente tramite un'opera di riordino e arricchimento della disciplina, ossia la l. n. 40/1998, nota come legge "Turco-Napolitano"; a testimonianza del diverso contesto in cui tale legge è stata inaugurata, si può notare la previsione di norme più rigide in materia di respingimento ed espulsioni, un sistema di quote annuali di accoglimento calcolate in proporzione al tasso di occupazione e la previsione di negoziazioni con i Paesi dell'est Europa e del Mediterraneo.

Anche questa norma si muove quindi in una duplice direzione, perché si pone allo stesso tempo sia come incentivo per l'immigrazione regolare, tramite la creazione di una serie di tappe orientate all'acquisto dei diritti propri del cittadino "*pleno iure*", sia come deterrente per quella clandestina, perché inasprisce le pene per il favoreggiamento degli ingressi irregolari e snellisce la procedura di respingimento, affidandone la competenza anche ai Questori in caso di clandestini intercettati alla frontiera o al momento immediatamente successivo; rimane però ancora penalmente irrilevante l'immigrazione clandestina di per sé considerata.

Neanche questo ulteriore intervento del legislatore si è rivelato sufficiente a far fronte all'entità del fenomeno migratorio che ha improvvisamente investito l'Italia, ragion per cui si è resa necessaria un'ulteriore riforma della disciplina, che prende finalmente forma nel fondamentale d.lg. n. 286/98 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nato con l'intenzione di riunire e coordinare la legge Martelli e la legge Turco-Napolitano in unico corpo legislativo.

---

[168] Legge n. 39/1990 recante "norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolamentazione dei cittadini extracomunitari e apolidi già presenti nel territorio dello Stato", art. 3 comma 8: *«Gli agenti marittimi raccomandatari ed i vettori aerei che omettano di riferire all'autorità di pubblica sicurezza della presenza, a bordo di navi o di aeromobili, di stranieri in posizione irregolare, secondo le disposizioni di cui al comma 1, sono soggetti alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma dal lire 200.000 a lire 500.000 determinata dal prefetto».*

Questo Testo Unico, definito anche come un vero e proprio "Codice dell'immigrazione[169]", incarna la visione definitiva del legislatore che riconosce lo straniero in primis come essere umano, e come tale possessore di tutti i diritti fondamentali sanciti e tutelati dal diritto interno, dal diritto europeo e dal diritto internazionale.

Nonostante sia stato considerato da alcuni come una regressione[170] nella tutela dei migranti, vista la disciplina più severa sulla politica d'ingresso e sulle condizioni di regolarità per il soggiorno, ivi compresa la disciplina dell'asilo, l'aderenza del T.U. ai moderni standard internazionali è uno dei fattori che ne ha sicuramente garantito la longevità; ciò a sua volta lo rende un assoluto punto di riferimento in materia, e la sua importanza rimane più che mai attuale alla luce delle numerose e profonde riforme che lo hanno interessato negli ultimi due anni, e che saranno debitamente esposte nel corso del capitolo.

3. Panoramica sulla disciplina del T.U. sull'immigrazione

3.1. INGRESSO, RESPINGIMENTO ED ESPULSIONE

Come appena anticipato, il Testo unico ha una portata molto estesa ed eclettica: andremo quindi ad esaminare solo gli articoli che più interessano l'argomento in esame, lasciando però per un secondo momento quelli introdotti o modificati dalle riforme già menzionate, che meritano una disanima particolareggiata.

Il d.lg. n. 286/98 si occupa in primis di definire con chiarezza il proprio ambito di applicazione: l'art. 1 infatti fa riferimento esclusivo agli "stranieri", termine con cui devono intendersi solo i cittadini non appartenenti all'Unione europea, salvo che le norme non siano per questi concretamente più favorevoli, e gli apolidi, ossia i soggetti privi di qualsiasi cittadinanza.

[169] Così MUSACCHIO, *Manuale pratico di diritto dell'immigrazione*, CEDAM, 2005

[170] GRAMAGLIA, *La schizofrenia dell'accoglienza*, www.paginauno.it, 2008. Tra le norme maggiormente criticate dall'autrice spicca l'art. 21 che, istituendo delle *«restrizioni numeriche all'ingresso di lavoratori di Stati che non collaborano adeguatamente nel contrasto all'immigrazione clandestina o nella riammissione di propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio»*, finisce col creare una disuguaglianza sostanziale tra gli stranieri basata esclusivamente sulla loro cittadinanza.

Per queste due categorie l'ingresso non è regolato dagli Accordi di Schengen, che si riferiscono solamente agli Stati aderenti, ma dagli artt. 67 e ss. del TFUE[171], dagli artt. 5 e 6 del Codice delle frontiere Schengen[172], e infine dall'art. 4 dello stesso T.U.[173]: è la lettura combinata di queste normative a chiarire quali siano gli elementi necessari per poter definire un immigrato "clandestino": il termine non si riferisce esclusivamente alle modalità occulte di ingresso nello Stato, ma a qualsiasi condizione di illegalità dell'entrata o della permanenza nel territorio nazionale, ivi inclusi i tentativi di ingresso fraudolento alla frontiera e l'assenza, la revoca o la scadenza del permesso di soggiorno.

Tornando all'ordinamento italiano, questo condiziona la liceità dell'ingresso anche allo scopo dello straniero, che, oltre ad essere lecito, dichiarato in modo veritiero, e se necessario anche comprovato, deve essere motivato da ragioni di lavoro, turismo, famiglia, giustizia, cure mediche, studio o umanitarie, anche se pure tali condizioni possono non essere sufficienti: lo Stato infatti si riserva di ammettere o meno lo straniero in base alla propria politica migratoria e alla compatibilità con la sicurezza e l'ordine pubblico.

L'ingresso è vietato inoltre sia allo straniero che sia già destinatario di un provvedimento di espulsione (salvo riceva l'autorizzazione all'ingresso da parte del Ministero dell'Interno o sia già trascorso il periodo di divieto connesso all'espulsione)

---

[171] Si fa riferimento alle norme relative al Titolo V del TFUE, "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". L'art. 67, che ne fa da apertura, esplicita chiaramente al comma 2 che *«(L'Unione) garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi. Ai fini del presente titolo gli apolidi sono equiparati ai cittadini dei paesi terzi».*

[172] Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), Titolo II, Capo 1 "Attraversamento delle frontiere esterne e condizioni d'ingresso".

[173] Il T.U. è particolarmente analitico nell'elencare le condizioni di ingresso dello straniero in Italia; queste sono tutte definite all'art. 4, commi 1, 3 e 6, e consistono nel:
- l'attraversamento presso i valichi di frontiera appositamente istituiti;
- passaporto valido o documento equipollente;
- visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione;
- idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza;
- l'inesistenza di condizioni che minaccino l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato;
- la presenza di un provvedimento di espulsione ancora valido, salvo speciale autorizzazione, o di una segnalazione, da parte di un Paese appartenente all'Area Schengen, ai fini del respingimento o della non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali;
- la condanna, anche non definitiva o a seguito di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., per i reati previsti all'art. 380 commi 1 e 2 o altri reati specifici.

sia a quello che deve essere espulso o segnalato ai fini del respingimento o della non ammissione nello Stato per gravi motivi di ordine pubblico, sicurezza nazionale o tutela delle relazioni internazionali; infine, come già previsto dalla legge Martelli, non è consentito l'ingresso allo straniero che non possieda mezzi di sostentamento, salvo in caso di permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Allo stesso modo la normativa chiarisce le condizioni che determinano il respingimento e l'espulsione dello straniero, rispettivamente disciplinati all'art. 10 e 13 del T.U.: i due provvedimenti, per quanto simili nello scopo, ossia assicurare l'accompagnamento alla frontiera dello straniero che non possieda i requisiti per rimanere nel territorio italiano, si applicano in situazioni ben distinte.

Il primo riguarda esclusivamente i soggetti presentatisi ai valichi di frontiera senza i requisiti d'ingresso, salvo abbiano presentato domanda per l'ottenimento dell'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari, e ricade nella sfera di competenza della polizia di frontiera o, in due ipotesi specifiche, del Questore[174].

Il secondo, invece, può essere disposto senza alcun limite di tempo rispetto al momento dell'ingresso, purché sussistano le condizioni di legge, solo dal Ministro dell'Interno, dal prefetto o dal giudice penale.

1) Il provvedimento da parte del Viminale è altamente discrezionale, visto che è genericamente basato su motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale, e limitato solo dai principi generali in materia di diritti umani.

2) L'espulsione prefettizia è prevista invece solo in casi tassativi, ossia quando lo straniero sia entrato in Italia eludendo i controlli di frontiera e non sia già stato respinto, o si sia trattenuto nonostante la mancanza originaria dei requisiti per il permesso del soggiorno o la sopravvenuta decadenza degli stessi, o ancora in caso di soggetto socialmente pericoloso, dedito ad attività delittuose o indiziato per reati di associazione a delinquere di stampo mafioso e terroristiche[175]. L'atto del

[174] D.lg. n. 286/1998, art. 10 comma 2. Viene definito "respingimento differito" quello disposto dal Questore nei confronti degli stranieri *«che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo»* oppure *«che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso».*

[175] Il legislatore include questa categoria tramite un richiamo agli artt. 1, 4 e 16 del d. lg. 6 settembre 2011, n. 159

prefetto è immediatamente esecutivo anche quando impugnato dall'interessato, ma l'effetto può essere sospeso quando lo straniero si trovi già sottoposto a procedimento penale, essendo necessario in questo caso il nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria competente. L'espulsione viene poi eseguita dal Questore con accompagnamento alla frontiera, salvo che la ragione fondante dell'espulsione consista nella scadenza del permesso di soggiorno, caso in cui invece viene semplicemente intimato allo straniero di lasciare il territorio nazionale entro 15 giorni.

3) Ancora diverse le condizioni che prevedono il provvedimento di espulsione da parte del giudice penale, sia a titolo di misura di sicurezza che di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione. Il primo caso, disciplinato all'articolo 15, riguarda lo straniero che sia dichiarato socialmente pericoloso e condannato per uno dei delitti di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p.; l'articolo 16 consente invece al giudice di disporre l'espulsione per un periodo non inferiore a 5 anni, in sede di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. Questa seconda ipotesi è però subordinata ad alcune condizioni cumulative: lo straniero sia trovato colpevole di un reato non colposo, si trovi nelle condizioni che richiedono l'espulsione ai sensi dell'art. 13 comma 2, non sussistano le cause ostative ex art. 14 (*v. infra*), e infine che la pena detentiva nel caso concreto non superi i 2 anni e non ricorrano le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena.

In conclusione, doverosa menzione merita anche l'art. 14 che, nel definire in concreto le modalità di espulsione e di respingimento, prevede alcune situazioni transitorie che impediscono l'immediata esecuzione dei provvedimenti e giustificano la permanenza temporanea dello straniero nel C.P.R. più vicino: queste cause di forza maggiore, tassativamente previste, consistono nella *«necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo»*.

3.2. POTERI DI INTERVENTO E CONTRASTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA VIA MARE

L'art. 12 del Testo Unico, genericamente rubricato come "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine", ha una portata molto estesa; infatti, oltre a descrivere la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione, questo altresì disciplina, al comma 7 e ancora dal comma 9-bis al 9-septies, le modalità di esercizio dei poteri di intervento coercitivo da parte delle unità navali di Stato nelle acque territoriali, nella zona contigua e in alto mare, anche nei confronti dei mezzi navali battenti bandiera straniera, quando vi sia il sospetto che queste siano impegnate in attività di trasporto illecito di clandestini.

Le regole in questione sono state ideate in accordo col "diritto al passaggio inoffensivo", sancito agli artt. 17, 18 e 19 della Convenzione di Montego Bay[176], che consente alle navi battenti bandiera straniera di eseguire senza ripercussioni un passaggio "rapido e continuo", ma solo a condizione che queste non siano impegnate in attività pregiudizievoli per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero.

Analizzando innanzitutto il comma 7, questo stabilisce che *«Nel corso di operazioni di polizia finalizzate al contrasto delle immigrazioni clandestine, disposte nell'ambito delle direttive di cui all'articolo 11 comma 3[177], gli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza operanti nelle province di confine e nelle acque territoriali possono procedere al controllo e alle ispezioni dei mezzi di trasporto e delle cose trasportate, ancorché soggetti a speciale regime doganale, quando, anche in relazione a specifiche circostante di luogo e di tempo, sussistono fondati motivi di ritenere che possano essere utilizzati per uno dei reati previsti dal presente articolo»*; nelle stesse circostanze ammette anche che si proceda a perquisizioni, purché nell'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 352, commi 3 e 4 c.p.p[178], riguardanti i limiti temporali delle stesse e la necessità di convalida da parte del p.m.

---

[176] V. supra, Cap. II §§ 2.1.

[177] D.lg. n. 286/1998, art. 11 comma 3: *«Nell'ambito e in attuazione delle direttive adottate dal Ministro dell'interno, i prefetti delle province di confine terrestre ed i prefetti dei capoluoghi delle regioni interessate alla frontiera marittima promuovono le misure occorrenti per il coordinamento dei controlli di frontiera e della vigilanza marittima e terrestre, d'intesa con i prefetti delle altre province interessate, sentiti i questori e i dirigenti delle zone di polizia di frontiera, nonché le autorità marittime e militari ed i responsabili degli organi di polizia, di livello non inferiore a quello provinciale, eventualmente interessati, e sovrintendendo all'attuazione delle direttive emanate in materia».*

[178] Si riporta per comodità espositiva il testo dell'art. 352 c.p.p comma 3: *«la perquisizione domiciliare può essere eseguita anche fuori dei limiti temporali dell'articolo 251 quando il ritardo potrebbe*

Tale disposizione quindi conferisce alle forze di polizia, quando impegnate in attività di contrasto del traffico di migranti, il potere di compiere di propria iniziativa sia ispezioni che perquisizioni, nei confronti di qualsiasi imbarcazione su cui sussista fondato motivo di ritenere che i mezzi di trasporto o le cose trasportate possano essere utilizzate per la commissione di reati collegati con il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Inoltre analoghi poteri sono attribuiti, al comma 9-bis, alle unità italiane in servizio di polizia che incontrino nel mare territoriale o nella zona contigua un'altra nave di cui ci sia fondato motivo di sospettare che sia coinvolta nel trasporto illecito di migranti clandestini; a queste è infatti consentito *«fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato»*.

È stato osservato[179] che la previsione in esame operi un'estensione dei poteri di norma conferiti alla polizia giudiziaria in caso di flagranza di reato ai sensi del già citato art. 352 c.p.p. e, soprattutto a causa del richiamo alla zona contigua, traspaia chiaramente il riferimento implicito del legislatore ad un altro istituto del diritto internazionale, di cui già si è parlato diffusamente, ossia la "presenza costruttiva[180]".

Questo principio infatti viene spesso utilizzato per giustificare l'utilizzo di misure coercitive nei confronti di imbarcazioni situate fuori dalle acque territoriali, di cui però si sospetta il coinvolgimento in attività di illecite dirette allo Stato costiero, e più specificamente, nel caso dell'immigrazione clandestina, di aver messo in atto la tattica della "nave madre", ossia l'uso di un'imbarcazione più grossa, che rimane in acque internazionali, da cui poi si separano delle lance più piccole che trasportano i migranti fino a terra per poi fare ritorno all'unità navale principale.

Le attività descritte al predetto comma non devono essere necessariamente svolte dalle forza di polizia, giacché il comma 9-ter prevede espressamente la possibilità di coinvolgere anche le navi della Marina militare, *«ferme restando le competenze istituzionali in materia di difesa nazionale»*; tale estensione di

pregiudicarne l'esito». Comma 4. *«La polizia giudiziaria trasmette senza ritardo, e comunque non oltre le quarantotto ore, al pubblico ministero del luogo dove la perquisizione è stata eseguita il verbale delle operazioni compiute. Il pubblico ministero, se ne ricorrono i presupposti, nelle quarantotto ore successive, convalida la perquisizione»*.

[179] SPIEZIA – FREZZA - PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2003

[180] V. supra, Cap. II §§ 2.3.

competenze non sembra però essere accompagnata da una contestuale estensione di poteri, perché l'uso nel presente comma della locuzione "concorrere", insieme alla mancanza di previsioni che esplicitino i poteri esercitabili dalle unità della Marina, deve essere interpretato come un divieto all'esercizio autonomo dei poteri conferiti alla polizia dal comma 9-bis appositamente richiamato[181].

Un ulteriore ampliamento dei poteri descritti dall'art. 9-bis viene operato al comma 9-quater, che legittima il loro esercizio *«al di fuori delle acque territoriali, oltre che da parte delle navi della Marina Militare, anche da parte delle navi in servizio di polizia, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di una nave senza bandiera o con bandiera di convenienza»*.

E' stato osservato, da una parte della dottrina, che la costruzione siffatta di questa norma, apparentemente chiara, nasconde in realtà un involontario effetto collaterale: essa nasce indubbiamente con l'intenzione di conferire ampi poteri di polizia alle navi da guerra della Marina Militare in alto mare, ma, proprio a causa del richiamo al diritto internazionale, finisce col risolversi in una semplice conferma di quanto in esso previsto con riguardo al contrasto del traffico di migranti, che, come abbiamo già visto, è in realtà molto limitato.

Infatti, in mancanza di una norma internazionale che configuri l'immigrazione clandestina alla stregua di un crimine contro l'umanità universalmente riconosciuto[182], il richiamo alla Convenzione di Montego Bay impedisce qualsiasi riforma del quadro normativo, con la conseguenza che il potere di visita delle unità della Marina Militare in alto mare si ritrova di fatto perfettamente inquadrato (e vincolato) nei casi tassativamente previsti dall'art. 110, e quindi applicabile solo quando la nave adibita al traffico di clandestini sia priva di bandiera, oppure quando questa batta bandiera straniera e in più sussistano le condizioni che integrano la presenza costruttiva.

---

[181] In tal senso SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, Torino 2011.

[182] Si ricorda che tali crimini, tassativamente previsti dalla Convenzione, comportano una più ampia estensione dei poteri di repressione da parte degli Stati, esperibili anche in alto mare; essi consistono nella tratta degli schiavi, pirateria, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope e infine trasmissioni non autorizzate. Per un'analisi più completa v. supra, Cap. II. §§ 2.1.

3.3. IPOTESI SPECIFICHE DI ARRESTO E SEQUESTRO

Il comma 4 dell'art 12 T.U. imm. stabilisce chiaramente che *«nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza»*. Tale previsione testimonia la particolare gravità attribuita dal legislatore alla fattispecie in esame, ancor più se letta insieme al comma 4-ter, che impone anche la confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato[183].

L'arresto in flagranza, disciplinato agli artt. 380 e 381 c.p.p., è stato ideato dal legislatore come una *«misura di precautela tipica della fase investigativa»*[184], allo scopo di assicurare la disponibilità della persona nei casi in cui sia prevedibile la futura applicazione di misure preventive da parte del giudice: questi casi sono stabiliti all'art. 380 c.p. per l'arresto obbligatorio, e 381 c.p. per quello facoltativo, ma non sono escluse eventuali norme *ad hoc*, tra cui quella in esame, che puniscono illeciti tanto lesivi per la tranquillità o sicurezza della comunità da giustificare la necessità di un intervento istantaneo di natura sia repressiva che cautelativa, perché orientata tanto alla *«difesa sociale della collettività dal crimine, quanto al fine di perseguire gli interessi generali dello Stato»*[185].

Secondo l'opinione maggioritaria, avvalorata da una solida giurisprudenza[186], deve ritenersi altresì applicabile l'art. 382, ossia la "quasi flagranza", la cui lettura estensiva consente di arrestare il trafficante anche al termine di un'azione di inseguimento in mare da parte delle autorità oppure quando sussistano tracce o indizi che indichino palesemente una commissione recentissima del reato.

Questa norma, integrata con il diritto di inseguimento ex art. 111 della Convenzione di Montego Bay, secondo cui *«l'inseguimento deve iniziare quando la nave straniera o una delle sue lance si trova nelle acque interne, nelle acque*

---

[183] Si ricorda inoltre che il testo originario dell'art. 4 del T.U. prevedeva come obbligatoria la celebrazione del giudizio direttissimo, salvo che fossero necessarie ulteriori indagini.
[184] "Relazione al progetto preliminare del Codice di procedura penale".
[185] SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, Torino 2011.
[186] Ad esempio, Cass. pen., sez. VI, n. 3414/1990, in cui la Corte ha considerato come arresto in flagranza non solo quello operato dalla Guardia di finanza nei confronti del natante che trasportava il carico di stupefacenti, ma anche dell'altra imbarcazione da cui complici stavano comunicando via radio, raggiunto dopo 4 ore. Con riferimento alle cosiddette navi-madre, sembra applicabile il principio di diritto secondo cui il concetto di inseguimento *«comprende non solo il vero e proprio inseguimento in senso stretto che può protrarsi anche per alcuni giorni, ma anche l'azione che, senza soluzione di continuità, viene intrapresa subito dopo la commissione di un reato per raggiungere nel tempo strettamente necessario la persona da arrestare»*.

arcipelagiche, nel mare territoriale, oppure nella zona contigua dello Stato», permette quindi alle forze dell'ordine di perseguire il traffico di migranti consumato sia direttamente all'interno delle acque territoriali, sia all'esterno, tramite l'utilizzo di navi madre.

Infine, per concludere il discorso riguardo i provvedimenti cautelari, è doverosa la menzione del comma 8, secondo cui *«i beni sequestrati nel corso di operazioni di polizia finalizzate alla prevenzione e repressione dei reati previsti dal presente articolo, sono affidati dall'autorità giudiziaria procedente in custodia giudiziale, salvo che vi ostino esigenze processuali, agli organi di polizia che ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia ovvero ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale»*.

Dalla lettera dell'articolo, sembra evidente che il sequestro delineato dal Testo Unico sia di tipo probatorio, classificazione che non è scevra di notevoli conseguenze sul piano applicativo rispetto alle varianti di sequestro conservativo e preventivo: la prima differenza ricade sugli oggetti passivi del sequestro, ossia i corpi del reato, le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo, e infine le cose pertinenti al reato, che nel caso di specie corrispondono rispettivamente alle navi o qualsiasi altra imbarcazione utilizzata per il trasporto, alle somme pagate alle organizzazioni criminali che gestiscono la tratta, alle carte nautiche, altri documenti di bordo ecc.

Ma, soprattutto, enorme rilevanza assume il fatto che il sequestro probatorio costituisce un mezzo di ricerca della prova, per cui la sua legittimità si fonda semplicemente sulla potenzialità probatoria delle cose oggetto del sequestro, e nel caso del reato ex art. 12 del T.U., in accordo con quanto deciso dalla Suprema Corte nel noto caso della nave "Cap Anamur", è sufficiente a tal fine *«la sussistenza del fumus delicti circa il rapporto di immediatezza tra sequestro e reato»*[187], mentre è

[187] Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 15689/2005. La Corte ha rigettato le istanze dei ricorrenti, fondate sulla *«violazione degli artt. 354 e 355 c.p.p. e difetto di motivazione, sotto il profilo che l'ordinanza impugnata non conterrebbe alcuna indicazione circa la diretta pertinenzialità del provvedimento di sequestro rispetto alla specifica fattispecie criminosa contestata»*, ritenendo invece sufficiente il collegamento pertinenziale tra la res (la nave) e l'illecito in esame, una volta accertato che l'imbarcazione sequestrata sia quella effettivamente utilizzata per il trasporto dei migranti. Per un esteso commento della sentenza si rinvia a SALAMONE - CAIOLA, *Caso "Cap anamur": è sufficiente il fumus del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina perché sequestro della nave sia legittimo*, in *Diritto & Diritti*, 2005

invece superflua la prova della necessità dello stesso ai fini dell'accertamento dei fatti: in questo modo il sequestro finisce con l'essere sempre giustificato in base ad un'esigenza probatoria *in re ipsa.*

4. Le principali riforme del T.U.: il reato di immigrazione clandestina e i due "decreti sicurezza"

4.1. L'ARTICOLO 10-BIS: "INGRESSO E SOGGIORNO ILLEGALE NEL TERRITORIO DELLO STATO"

Tra le numerosissime riforme che hanno interessato il Testo Unico, saranno qui trattate in maniera analitica solo alcune di quelle che hanno apportato i cambiamenti più significativi: la prima è la l. 94/2009, che ha introdotto l'art. 10-bis concernente il reato di immigrazione clandestina.

Questa fattispecie è particolarmente interessante perché rappresenta una chiara scelta di politica criminale operata in completa autonomia da parte del legislatore, visto che, come è già stato osservato, nessuna fonte internazionale o comunitaria incentiva in qualche modo la persecuzione dell'immigrato; è però doveroso ricordare che il caso italiano non rappresenta affatto un unicum in ambito europeo, esistendo reati analoghi negli ordinamenti della Francia, della Spagna, della Germania e Regno Unito[188].

La struttura della norma non presenta aspetti di per sé problematici, visto che si configura come una semplice contravvenzione che punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro *«lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68»*; tuttavia questa ha sollevato numerose criticità già all'indomani della sua introduzione, in merito alla presunta

[188] Si segnala l'opinione discordante di BELLADONNA, "*Il reato di immigrazione clandestina in Europa"*, in *Europae*, 2013, secondo cui gli omologhi istituti europei non possono essere equiparati in toto alla versione nostrana, in quanto incardinati in sistemi che, a differenza del nostro, non prevedono l'obbligatorietà dell'azione penale, e sono quindi capaci di evitare la conseguenza paradossale dell'iscrizione al registro degli indagati di chiunque sia sopravvissuto ai naufragi durante la traversata, come accaduto a Lampedusa dopo i tragici avvenimenti dell'ottobre 2013. L'autrice giudica dunque quantomeno inopportuna l'introduzione di un simile reato in Italia, il cui sistema penale e la particolare posizione geografica, portano a risultati inumani oltre che controproducenti.

incompatibilità sia con la Costituzione che con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Prima di poter operare una corretta valutazione è opportuno però descrivere la norma in maniera più analitica.

L'articolo 10-bis punisce allo stesso modo ogni condizione di illiceità che riguardi l'ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato: tra le varie tipologie esplicative della condotta illegale di ingresso, da reputarsi reato istantaneo, vi sono l'entrata senza documenti adeguati e l'entrata fuori dai valichi di frontiera; la permanenza nel territorio è invece un reato permanente a condotta generica che si consuma fino a che la permanenza non è interrotta, sia su iniziativa del clandestino o per intervento di soggetti terzi.

Interessante sottolineare che, sul piano della consumazione, nella forma permanente questa avvenga nel momento esatto in cui non sussistano più le condizioni per il soggiorno nel territorio italiano, mentre, nel forma istantanea dell'ingresso illegale, appena quest'ultimo venga completato con successo; infatti, come già fatto presente, l'articolo 10-bis configura un reato contravvenzionale, per cui non è applicabile la fattispecie tentata ex art. 56 c.p., valido per i soli delitti, con la conseguenza che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente[189], non possono essere perseguiti i migranti intercettati dalle ONG o dalle autorità italiane prima dello sbarco.

L'ambito di applicazione della norma viene ulteriormente limitato dal suo comma 2, che esclude la punibilità dello straniero respinto al valico di frontiera per mancanza dei requisiti di ingresso, così come lo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale; in entrambi i casi manca infatti il pericolo concreto dell'elusione del controllo dello Stato sui flussi

[189] Si veda in tal senso Cass. Pen. Sez. I, n. 44016/2011, secondo cui *«se anche i tre stranieri sentiti a sommarie informazioni dalla polizia giudiziaria erano chiaramente intenzionati - ed in tal senso avevano posto in essere le attività necessarie ed univocamente orientate a raggiungere lo scopo - a fare ingresso, e forse anche a trattenersi, nel territorio dello stato italiano senza l'osservanza delle disposizioni del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, la loro condotta sino all'intervento delle unità navali della guardia di finanza - dopo il quale l'ingresso nel territorio italiano non è stato volontario ma coatto - non ha raggiunto la soglia della imputabilità in relazione all'ipotesi di reato di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 10 bis per il quale, in quanto fattispecie contravvenzionale, non è prevista la punibilità del tentativo»*.

migratori in entrata, aspetto che può quindi essere letto come un'indicazione della vera ratio della norma in esame.

Il reato in esame presenta inoltre alcune previsioni specifiche dal punto di vista procedurale: il comma 3 affida la competenza al giudice onorario di pace, secondo un rito particolare, denominato "a presentazione immediata" [190], che ricalca gli aspetti propri del giudizio direttissimo ex art. 449 e ss. c.p.p.; spicca inoltre la prevalenza, esplicitamente enunciata al comma 4, del provvedimento di espulsione dello straniero rispetto all'accertamento del medesimo reato da parte dell'autorità giudiziaria, che esclude la necessità del nulla osta richiesto invece per il respingimento differito ex art. 10 T.U. imm., e prevede in sua vece la semplice comunicazione dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione da parte del Questore; infine si nota l'inapplicabilità dell'articolo 162 c.p., ossia l'oblazione nelle contravvenzioni, al fine di evitare una sorta di *«monetizzazione legalizzata di ingressi illegali»*[191].

Come anticipato, la riforma del 2009 non è stata accolta con favore da tutta la dottrina e la giurisprudenza; tra i detrattori della nuova normativa[192], l'opinione dominante interpreta *«l'introduzione del reato di clandestinità come il segno evidente di una svolta in senso discriminatorio delle politiche dell'immigrazione attuate dal legislatore nazionale»*.

Ma focalizzandoci in questa sede in termini strettamente giuridici, una delle principali critiche consiste nella lamentata violazione del principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria)* sancito agli artt. 25 e 27 della Costituzione, insita nella criminalizzazione non di una specifica condotta lesiva di un bene giuridico protetto, quanto piuttosto di uno status esistenziale o al massimo una mera disobbedienza priva

[190] D.lgs. n. 274, art. 32-bis "Svolgimento del giudizio a presentazione immediata".
[191] SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, Torino 2011.
[192] FREGENI, *La depenalizzazione si arresta di fronte al reato di immigrazione clandestina*, www.federalismi.it, 27 luglio 2017. L'autrice interpreta la riforma come l'incarnazione di una mentalità politica in chiave sovranista più che la risposta a un'esigenza normativa: *«invero, per quanto fosse valutata crescente la necessità di disciplinare con rigore il fenomeno dell'immigrazione irregolare, prima del 2009 il legislatore non aveva avvertito il bisogno di giungere alla vera e propria criminalizzazione del mero ingresso nello Stato. La previsione di tale fattispecie, pertanto, ha rappresentato molto di più di un semplice intervento normativo nella regolamentazione del fenomeno dell'immigrazione irregolare: essa ha determinato un vero e proprio mutamento di 'filosofia' nella gestione dei flussi clandestini. L'obiettivo della norma vuole essere quello di introdurre nell'ordinamento giuridico un deterrente psicologico nei confronti di quanti vogliono entrare, senza averne titolo, nel nostro Paese, ponendo così un freno ad ogni intento degli stranieri di raggiungere illegalmente il territorio»*.

di specifico disvalore; tale tesi sarebbe inoltre avvalorata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che in due note sentenze[193] ha stabilito espressamente che il semplice ingresso illegale nel territorio dello Stato non possa da solo costituire una lesione all'ordine pubblico, con la conseguenza che il reato in esame non prevede una condotta dalla idonea carica offensiva.

Tuttavia, la stessa Corte costituzionale ha smentito espressamente i predetti rilievi di incostituzionalità con la sent. 250/2010., giacché la Corte non condivide la lamentata penalizzazione né di una "condizione personale e sociale" nè di una "mera disobbedienza", ma rileva invece la punizione di uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti, come evidenziato dalle locuzioni alternative "fare ingresso" e "trattenersi" nel territorio dello Stato[194], il cui disvalore, lungi dall'essere assente come sostenuto da alcuni, si identifica nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori.

Sempre citando la medesima sentenza della Consulta, lo status di clandestinità non deve quindi essere considerato come la condizione "preesistente ed estranea" alla commissione del fatto di reato ex art. 10-bis, *«ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità».*

Infine, analogamente infondata viene considerata l'ulteriore critica basata sul principio di sussidiarietà dell'illecito penale, che impone al legislatore di ricorrere al diritto penale solo come *extrema ratio*, e mai quando la tutela del medesimo bene

[193] C. cost. n. 22/2007 e ancora C. cost. n. 249/2010. La Consulta, pur facendo salva la discrezionalità del legislatore nel sanzionare penalmente la violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori, sostiene che questa non può spingersi fino a «*introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile*».

[194] C. cost, 5 luglio 2010, n. 250. Si riporta qui il passaggio della sentenza nella sua versione integrale, particolarmente esplicativo: *«l'art. 10 bis del T.U. Immigrazione non punisce una "condizione personale e sociale" – quella, cioè, di straniero "clandestino" (o, più propriamente, "irregolare") – e non criminalizza un "modo di essere" della persona, ma sanziona uno specifico comportamento, costituito dal "fare ingresso" e dal "trattenersi" nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni di legge. Si è quindi di fronte, rispettivamente, ad una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente di natura omissiva, consistente nel non lasciare il territorio nazionale. La condizione di "clandestinità" è, in questi termini, la conseguenza della condotta penalmente illecita e non già un dato preesistente ed estraneo al fatto, e la rilevanza penale si correla alla lesione del bene giuridico individuabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: si tratta di un bene "strumentale", per mezzo della cui tutela si accorda protezione a beni pubblici "finali" di sicuro rilievo costituzionale. Per queste ragioni non è stata una scelta arbitraria la predisposizione di una tutela penale di siffatto interesse, che si atteggia a bene giuridico di "categoria", capace di accomunare buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998».*

giuridico possa essere ottenuta con strumenti meno invasivi, come ad esempio le varie ipotesi di espulsione e respingimento appena viste: la Consulta dichiara apertamente la propria incompetenza sulla questione, poiché *«determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore»*.

Un altro profilo di incostituzionalità riguarda invece gli impegni internazionali assunti dall'Italia in materia di trattamento dei migranti: in tal senso la norma in questione violerebbe l'art. 117 della Costituzione, inteso come parametro interposto del "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti", e in particolare il suo art. 5, secondo cui i migranti non solo non devono essere assoggettati all'azione penale, ma anzi è fatto obbligo agli Stati di prendere misure adeguate per preservare e tutelare i diritti delle persone oggetto del traffico di migranti, oltre ad assicurare un'assistenza adeguata alla loro vita e incolumità[195].

Dalla lettura delle diposizioni appena citate, pare quindi evidente che, nonostante l'assenza nel Protocollo di un esplicito divieto agli Stati Parte di introdurre il reato di immigrazione clandestina[196], tale atto si porrebbe chiaramente in contraddizione con la ratio del trattato, e su questo profilo si potrebbe fondare, nel caso non risultasse possibile per il giudice nazionale interpretare la norma in maniera conforme al diritto internazionale, la via dell'illegittimità costituzionale.

Sempre sul versante della compatibilità del nuovo art. 10-bis rispetto al diritto sovranazionale, questa volta però comunitario, possiamo ricordare la decisione della CGUE, in sede di domanda pregiudiziale[197], relativa al caso "Sagor" del 2012: anche qua la Corte si è espressa in favore della nuova norma, non rilevandone l'inconciliabilità con la direttiva 2008/115/UE (c.d. direttiva rimpatri[198]), in quanto,

[195] L'art. 16 del Protocollo prevede che *«ogni Stato Parte prende, compatibilmente con i suoi obblighi derivanti dal diritto internazionale, le misure adeguate, comprese quelle di carattere legislativo se necessario, per preservare e tutelare i diritti delle persone che sono state oggetto delle condotte di cui all'articolo 6 del presente Protocollo»*.
[196] L'art. 6 del Protocollo cita: *«nessuna disposizione del presente Protocollo impedisce ad uno Stato Parte di prendere misure nei confronti di una persona la cui condotta costituisce reato ai sensi del suo diritto interno»*.
[197] CGUE, I sez., sent. 6 dicembre 2012, Sagor (C-430/11)
[198] V. supra, Cap. II §§ 2.3.

in linea di principio, questa non osta a che il provvedimento di espulsione ("decisione di rimpatrio", nella terminologia della direttiva) possa essere adottato anche da un giudice penale nel quadro di un procedimento penale, così come delineato dall'art. 16 T.U. imm. in via sostitutiva rispetto all'ammenda, ma impone una duplice condizione, cioè la mancanza di condizioni ostative all'esecuzione immediata dell'espulsione (di cui all'art. 14 co. 1 del T.U.), e che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero, apprezzato caso per caso dal giudice[199].

Negli anni è stata seriamente valutata la possibilità di depenalizzare il reato in questione: nel 2015, per esempio, diversi esponenti appartenenti all'esecutivo in carica[200] avevano pubblicamente confermato l'intenzione di trasformare il reato in un illecito amministrativo, al fine di ridurre la popolazione carceraria e sfoltire l'enorme mole di cause pendenti che sovraccarica il nostro sistema giudiziario.

Ciononostante, l'idea non ha mai trovato concreta esecuzione, e sebbene la ragione si possa anche imputare alle resistenze all'interno del Parlamento, sembra doveroso ricordare le parole dell'allora Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, che indicano la presenza di un fattore esterno di grande importanza: *«c'è una percezione di insicurezza da parte dei cittadini, perciò il percorso di cambiamento delle regole sarà fatto senza fretta»*[201].

4.2. IL "DECRETO SICUREZZA" N. 113/2018

Perplessità ancora maggiori hanno sollevato due riforme di recentissima emanazione, ossia i decreti-legge n. 113/2018 e n. 53/2019, meglio conosciuti come "decreto sicurezza" e "decreto sicurezza-bis", che hanno apportato modifiche radicali al Testo Unico nell'ottica di un notevole irrigidimento della politica migratoria italiana, con indiscutibili ripercussioni sul livello di tutela offerto ai migranti per

[199] In assenza di pericolo di fuga, lo straniero avrebbe infatti diritto a una decisione di rimpatrio che gli conceda un termine per la partenza volontaria, ai sensi dell'art. 7 della direttiva.
[200] In tal senso di riporta un estratto dell'audizione dell'ex Ministro della Giustizia Andrea Orlando davanti alla Commissione Affari Costituzionali al Senato: *«l'abrogazione del reato di immigrazione clandestina non solo comporterà un risparmio di risorse, giudiziarie e amministrative»,* ma avrà anche *«effetti positivi per l'efficacia delle indagini di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e traffico di migranti»*.
[201] AA.VV., *Renzi, depenalizzazione immigrazione clandestina non in prossimo Cdm*, www.agi.it, 10 gennaio 2016.

quanto riguarda le possibilità di ingresso, la concessione della protezione internazionale e, infine, l'integrazione sociale.

Mentre il decreto del 2018 si occupa principalmente di riformare la disciplina che concerne la permanenza degli immigrati già presenti sul territorio, il suo successore si concentra esclusivamente, per quanto ci concerne, sulle misure di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che prendono forma in un ampliamento dei poteri di controllo e intervento del Ministro dell'Interno sulle acque territoriali; come si vedrà in seguito, la novellata disciplina non nasconde l'ostilità dell'esecutivo *pro tempore* nei confronti dell'operato delle Organizzazioni Non Governative, fattore che le ha fatto guadagnare una significativa resistenza, non solo da buona parte dell'opinione pubblica, ma anche dell'autorità giudiziaria[202].

Prima di passare alla puntuale descrizione delle principali novità del d.l. n.113/2018, e in particolar modo delle previsioni di cui è stata messa in discussione la legittimità costituzionale, bisogna premettere innanzitutto che, come è stato correttamente osservato[203], sarebbe erroneo *«ritenere l'attuale livello di protezione legislativa in materia costituzionalmente obbligatorio, e quindi suscettibile solo di ulteriori rafforzamenti ed ampliamenti»* in quanto tale *«interpretazione estensiva del dettato costituzionale finisce per dilatarne il "nocciolo duro" in materia»*.

Partiamo quindi dall'art. 1, che prevede l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ritenuto troppo generico e quindi soggetto ad eccessiva discrezionalità, e lo sostituisce con delle ipotesi più specifiche, quali condizioni di salute di eccezionale gravità; casi di violenza (anche domestica) o di grave sfruttamento, specie lavorativo; situazioni contingenti di calamità naturale nel Paese di origine; atti di particolare valore civile; pericolo di persecuzioni o torture in caso di non accoglimento della domanda di protezione internazionale.

La stessa norma, sempre nell'ottica di una riduzione della discrezionalità e del rischio di decisioni difformi, affida la decisione sul rilascio dei permessi

[202] Si fa riferimento alla sentenza del TAR Lazio del 14 agosto, che ha sospeso il divieto di ingresso emesso dal Ministero dell'Interno in base al decreto appena entrato in vigore a cause delle condizioni di emergenza sanitaria presenti a bordo della nave "open Arms"
[203] CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018(c.d. "decreto sicurezza"),* in www.federalismi.it., 21 novembre 2018.

esclusivamente ai Questori, con conseguente esclusione delle Commissioni territoriali.

Nonostante sia oggettivamente difficile contestare la riduzione del livello di tutela dei richiedenti asilo derivante dal nuovo decreto, diversi esponenti della dottrina[204] fanno notare che, in continuità con quanto scritto nella premessa, non sembra che si possa sollevare alcun profilo di incostituzionalità sull'articolo in esame: ciò vale sia con riguardo al diritto comunitario, che prevede ma non impone agli Stati l'istituto della protezione umanitaria (infatti neanche presente in tutti i Paesi europei), sia per l'art. 10 Cost., che fa esclusivo riferimento «*all'effettivo esercizio delle libertà democratiche*» e non alla generica situazione di vulnerabilità che si trovava invece alla base della precedente normativa.

Ma a prescindere dall'ipotesi di incostituzionalità, si può comunque contestare che una riduzione del numero di concessioni della protezione internazionale significa diminuire le possibilità di integrazione per gli immigrati, che a sua volta comporta un aumento degli stranieri irregolari e, probabilmente, della criminalità; proprio seguendo questa prospettiva si segnala la recente giurisprudenza di diversi Tribunali[205] che hanno operato un'interpretazione restrittiva delle nuove regole, ritenendo il decreto-legge non applicabile *«ai casi pendenti circa il riconoscimento della protezione umanitaria, ritenendo il diritto ad essa già acquisito al patrimonio del richiedente all'atto della domanda»*[206].

Anche l'art. 2, che ha allungato il termine di detenzione nei Centri di permanenza per il rimpatrio da 90 a 180 giorni, non è passato indenne da critiche: sebbene si debba tenere in conto che alla base della riforma vi sia il riconoscimento delle effettive difficoltà e dei tempi tecnici necessari per le procedure di

[204] Ibid. Per un'opinione contraria si veda AA.VV., *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, www.agi.it, 15 ottobre 2018., secondo cui "l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari senza la contestuale introduzione di istituti aventi un'ampiezza complessivamente identica (sia per il tipo di presupposti, sia per il trattamento del titolare) riaprirà lo spazio per azioni giudiziarie destinate a successo per fare accertare il diritto di asilo garantito dall'art. 10, comma 3 Cost. non più completamente attuato dal legislatore".

[205] Si fa riferimento ad alcune ordinanze emesse dai tribunali di Palermo (11 ottobre), Firenze (14 ottobre); Brescia (22 ottobre) dopo l'entrata in vigore del decreto.

[206] CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018(c.d. "decreto sicurezza"),* in www.federalismi.it., 21 novembre 2018.

identificazione dello straniero, acquisizione dei documenti di viaggio, reperimento dei mezzi di trasporto idonei e l'eventuale stipula di accordi bilaterali con il Paese di origine o di provenienza, non si può sorvolare sull'evidente rifiuto del legislatore di dare ascolto ai numerosi moniti espressi dalla Corte costituzionale sulla riforma del sistema di trattenimento dei migranti nei C.P.R. in attesa di respingimento.

La Corte costituzionale, in diverse pronunce[207], ha infatti segnalato che detto trattenimento non va considerato come una limitazione alla libertà di circolazione, tutelata dall'art. 16 Cost., bensì alla libertà personale, e come tale sotto l'egida dell'art. 13 Cost., motivo per cui si rende necessaria la convalida da parte dell'autorità giudiziaria; pare superfluo sottolineare come il decreto si muova invece in senso diametralmente opposto rispetto a quanto auspicato dalla Consulta.

In materia di espulsione troviamo due articoli degni di nota: il primo è l'art. 4, che consente, in mancanza di disponibilità di posti presso i C.P.R. "ubicati nel circondario del Tribunale competente", la detenzione del migrante in attesa di accompagnamento coattivo alla frontiera *«in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza»*, oppure, dopo l'udienza di convalida, *«in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato».* Se è vero che il diritto europeo non impone necessariamente la permanenza nel Centro di permanenza per il rimpatrio[208], desta perplessità la genericità che il legislatore ha riservato all'individuazione e ai requisiti delle strutture alternative.

Il secondo è l'art. 2-bis, aggiunto dal Senato in sede di conversione del decreto, che prevede l'adozione, *«con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia»*, di un elenco dei Paesi di origine sicuri[209], nei quali si deve presumere, in sede di esame delle domande di protezione internazionale, che non sussista alcun pericolo in caso di

[207] C. cost 222/2004, C. cost. 109/2006, C. cost. 105/2001
[208] V. direttiva 2008/115/CE, considerando n. 17 e art. 16.
[209] I requisiti per la definizione di "Paese sicuro" sono esplicitati al secondo comma: *«uno Stato non appartenente all'Unione europea può essere considerato Paese di origine sicuro se, sulla base del suo ordinamento giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione quali definiti dall'articolo 7 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ne' tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, ne' pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. La designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone».*

rimpatrio del richiedente asilo che possieda la cittadinanza di quel Paese o dell'apolide che in precedenza vi abbia soggiornato abitualmente.

Secondo un primo orientamento[210] questa previsione violerebbe il divieto di espulsione collettiva, principio pacifico dell'ordinamento internazionale, perché impedirebbe l'effettivo esame della specifica domanda, altri ritengono che la violazione sarebbe invece evitata dall'opportunità concessa al migrante di dimostrare in ogni caso la pericolosità dello Stato ritenuto sicuro in relazione alla propria situazione personale; a prescindere da questo è però corretto sottolineare che la norma ha un effetto indiscutibilmente peggiorativo sulle possibilità di difesa del richiedente asilo, che si vede caricato dell'intero onere della prova, prima invece suddiviso tra Stato e migrante.

Un'altra previsione discussa è la restrizione all'accesso ai centri SPRAR (Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati) sia per i richiedenti asilo che per i vecchi titolari di protezione umanitaria, esclusi dall'art. 12 a favore delle nuove categorie di titolari di permesso individuati all'art. 1.

Le obiezioni sono molteplici: innanzitutto si contesta l'inopportunità di terminare l'esperienza assolutamente positiva di questi centri, che più di tutti si sono distinti per i risultati migliori in materia di integrazione sociale; il problema viene poi acuito considerando che l'alternativa designata per le categorie escluse consiste nei Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS)[211], che sono attivabili dai Prefetti senza la necessità di una gara ad evidenza pubblica, di alcun previo controllo della professionalità dei gestori o del coinvolgimento degli enti locali.

Sono state altresì criticate, per la loro dubbia compatibilità ai principi costituzionali, sia la scelta di non dare più priorità ai progetti proposti dagli enti locali all'interno del sistema SPRAR, in sede di assegnazione delle risorse, che sembra in contrasto con l'art. 2 Cost. che incentiva invece la solidarietà sociale, sia la decisione di non consentire la frequentazione dei corsi di formazione eventualmente adibiti da Comuni, regioni e province per le categorie sopraelencate, in palese conflitto con

[210] Per l'equiparazione dell'espulsione collettiva al mancato esame specifico della domanda, v. supra, Cap. II §§ 2.4.

[211] I CAS sono strutture che, proprio a causa della loro natura straordinaria, sono ideati per una permanenza temporanea ed emergenziale, il che giustifica il più basso standard di qualità e controlli richiesti dallo Stato.

l'obbligo sancito all'art. 35 Cost. di promuovere *«la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori»*.

Se le norme appena descritte sono state ritenute da alcuni incompatibili con un'efficace politica di integrazione, o persino confliggenti con i principi generali del nostro ordinamento, i più gravi dubbi di costituzionalità non sono stati sollevati con riguardo ad esse ma con le tre disposizioni che saranno adesso analizzate: queste sono gli articoli 10, 13 e 14 del decreto-legge.

L'art. 10 prevede un'ipotesi di espulsione immediata nel caso in cui il soggetto richiedente protezione internazionale venga condannato (anche in via non definitiva) o denunciato per il compimento di determinati reati caratterizzati di particolare allarme sociale (terrorismo, strage, mafia, omicidio, rapina aggravata; sfruttamento sessuale dei minori e violenza sessuale); in questi casi, infatti, il Questore ha l'obbligo di comunicare la situazione alla Commissione territoriale competente per l'esame della domanda.

La Commissione è a sua volta obbligata a disporre immediatamente l'audizione dell'interessato e decidere contestualmente se accogliere o negare la richiesta di protezione internazionale; in quest'ultimo caso, inoltre, deve disporre subito l'espulsione, che diventa immediatamente esecutiva *«anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione»*.

La nuova procedura, così delineata, sembra porsi in palese violazione del principio di non colpevolezza sancito all'art. 27 comma 2 Cost., dato che si subordina la possibile espulsione non solo alla condanna ma anche alla presenza di una semplice indagine nei confronti del richiedente asilo; a ciò vanno aggiunti i giudizi contrastanti sia della CEDU, che ritiene l'effetto sospensivo del ricorso una necessaria condizione di efficacia ai sensi dell'art. 13 CEDU e 4 Protocollo IV[212], che della CGUE, la quale censura l'automatismo instaurato tra la semplice appartenenza del reato all'elenco

[212] v. Grande Camera 23.2.2012 (Hirsi Jamaa ed altri c. Italia) e 15.12.2016 (Khlaifia e altri c. Italia), ma si sottolinea che nel caso più recente la Corte subordina la violazione dell'art. 13 CEDU alla presenza di lamentele dei ricorrenti su *«un rischio reale di violazione dei diritti garantiti dagli articoli 2 e 3 nel paese di destinazione»*.

tassativo e la conseguente espulsione a causa dell'assenza di una previa valutazione attenta della situazione specifica dell'indagato[213].

Per concludere l'analisi del d.l. n. 113/2018, si citano altre due disposizioni che sono state ritenute fondamentalmente discriminatorie: l'art. 13, che impedisce ai possessori del nuovo permesso di soggiorno per motivi umanitari di iscriversi all'anagrafe, e ai soggetti inclusi nel sistema SPRAR di eleggere domicilio nel Comune ove sono inseriti; l'art. 14, che prevede una specifica ipotesi di revoca della cittadinanza, anche se già ottenuta dallo straniero in via definitiva, che invece non trova applicazione per i cittadini italiani di nascita.

La prima norma appena citata si pone in totale contraddizione con diverse fonti del diritto: in primis con lo stesso T.U., visto che non viene fatta alcuna abrogazione dell'art. 6 comma 7 del d.lgs. 286/1998, secondo cui *«le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione»;* in secundis con il dettato costituzionale, che non prevede alcuna distinzione tra la libertà di soggiorno (art. 14 Cost.) e la libertà di domicilio (art. 16 Cost.).

A sostegno di quanto appena affermato si riporta una pronuncia della Corte Costituzionale[214], in cui si esplicita che *«lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente Testo unico dispongano diversamente" per cui "una volta che il diritto a soggiornare (...) non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini».*

Le conseguenze del divieto di iscrizione all'anagrafe incarnano esattamente quella discriminazione censurata nella sentenza della Consulta, in particolare è stato

[213] CGUE sez. II, 13 settembre 2018, C-369/17. La Corte in tale pronuncia ha stabilito che l'esclusione dalla protezione sussidiaria dello straniero che abbia commesso un grave reato non deve basarsi automaticamente sulla pena prevista ma implica la valutazione della *«gravità dell'illecito considerato, effettuando un esame completo di tutte le circostanze del caso individuale di cui trattasi»*
[214] C. cost., n. 306/2008

osservato[215] che in questo modo *«i servizi d'integrazione ed inserimento sociale, quindi, sono riservati solo ai titolari di protezione internazionale e non più, come finora accaduto, a quanti ne presentavano domanda. Così, ad esempio, il richiedente asilo non può più iscriversi al servizio sanitario nazionale, potendo al massimo fruire di cure urgenti o essenziali ospedaliere o ambulatoriali»*.

Secondo questo punto di vista, ancora più deleteria si rivela la revoca della cittadinanza introdotta dall'art. 14, emanabile da parte del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno, entro 3 anni dalla condanna per delitti particolarmente allarmanti[216].

Oltre a costituire una violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia[217] in materia di apolidia, in questo caso è il fondamento stesso della norma ad essere una palese violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto lo status di straniero viene utilizzato per irrogare un trattamento sanzionatorio *in peius* rispetto al cittadino italiano per nascita, nonostante la chiarissima giurisprudenza contraria della Corte Costituzionale, che, oltre ad escludere categoricamente la possibilità di dare valore di aggravante alla clandestinità, ricomprende nell'alveo della discriminazione qualsiasi trattamento diversificato basato esclusivamente sulla condizione giuridica dello straniero[218].

Alla luce delle numerose e non trascurabili criticità appena evidenziate, poco sorprende la fredda accoglienza riservata alla norma da parte degli organi di garanzia costituzionale[219], a cui spetta l'ingrato compito di mettere un argine ad una riforma che, per quanto assolutamente legittima nella sua giustificazione politica, sebbene forse anacronistica, non tiene in dovuta considerazione gli standard di tutela a cui ogni

---

[215] Cfr. S. CURRERI, *"Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018(c.d. "decreto sicurezza"),* in www.federalismi.it.

[216] L'art 14 richiama in particolare *«i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies.2, del Codice penale»*.

[217] Si fa riferimento alla "Convenzione ONU sulla riduzione dei casi di apolidia" del 1961, ratificata dall'Italia con la l. 162/2015, secondo cui nessuno Stato contraente può privare *«una persona della sua cittadinanza, qualora tale privazione rendesse tale persona apolide»*.

[218] V. supra, C. cost. n. 249/2010.

[219] Si segnalano in primis l'autorevole commento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, successivo alla firma del decreto in esame, che ha ricordato la persistente presenza e prevalenza dell'art.10 della Costituzione e degli impegni internazionali assunti dall'Italia, e in secundis il parere negativo redatto dal Consiglio Superiore della Magistratura, in cui si rilevano diversi possibili rilievi di illegittimità costituzionale.

legislatore, soprattutto in un'epoca globalizzata come la nostra, deve necessariamente attenersi.

4.3. IL DECRETO SICUREZZA-BIS N. 53/2019

Non minori problemi ha causato la compatibilità costituzionale del decreto sicurezza-bis, così chiamato perché nato, ad un anno di distanza, come ideale successore della normativa appena descritta.

In questa sede si intende dedicare la massima attenzione al contenuto della normativa, ma sembra d'obbligo fare almeno un breve cenno sui rilievi di illegittimità costituzionale in merito alla forma prescelta dal legislatore per introdurre le due riforme in esame, e in particolare sull'opportunità o meno di fare uso del decreto-legge, che, secondo l'art. 77 Cost., presuppone dei "casi straordinari di necessità e d'urgenza" a giustificazione del proprio utilizzo.

In particolare, è stato osservato[220] che l'uso del decreto-legge sarebbe una scelta illegittima alla luce dell'oggettiva riduzione degli sbarchi di stranieri irregolari, delle richieste di asilo politico, e delle presenze nei centri per l'immigrazione sul territorio, non solo rivendicata dal Ministro proponente durante la conferenza stampa successiva all'approvazione del decreto da parte del Consiglio dei ministri[221], ma anche in base ai dati pubblicamente dallo stesso Ministero dell'Interno sulla diminuzione dei reati che normalmente destano allarme sociale.

Se a questo si somma l'ampia eterogeneità delle finalità contemplate dal decreto, identificate genericamente come ordine pubblico e sicurezza pubblica, quindi già di per sé difficilmente compatibili con l'istituto del decreto-legge, e la scelta, da parte dell'esecutivo, di richiedere la sua approvazione tramite il voto di fiducia, si palesa il rischio (in realtà già concretizzatosi nel caso del decreto n. 113/2018) *«che il ruolo del Parlamento si riduca a un mero voto di fiducia, con il risultato ultimo di*

[220] ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019

[221] Si fa riferimento alla conferenza tenuta l'11 giugno 2019 dal Presidente del Consiglio Conte, il Ministro dell'Interno Salvini e il sottosegretario alla presidenza del Consiglio, Giorgetti.

azzerare completamente il dibattito politico attorno ad interventi normativi destinati ad incidere profondamente sui diritti fondamentali»[222].

Entrando adesso nel merito della normativa, gli articoli specificamente dedicati al tema dell'immigrazione clandestina sono l'art.1 e l'art. 2; questi sono evidentemente complementari, perché mentre il primo, (che aggiunge il comma 1-ter all'art. 11) introduce una nuova misura di contrasto agli sbarchi sulle coste italiane, riferibile tanto ai trafficanti quanto ai soccorritori, il secondo (che aggiunge il comma 6-bis all'art. 12) prevede una serie di sanzioni ricollegate alla sua violazione.

L'art. 1 attribuisce al Ministro dell'Interno, di concerto col Ministro della Difesa e il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, il potere di *«limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare»*[223].

Il contenuto di tale divieto sembra quindi analogo a quello delle note direttive emanate dal Ministero dell'Interno nella primavera del 2019, che istruivano le autorità incaricate della sorveglianza delle frontiere marittime nel senso di negare l'ingresso a chiunque avesse svolto *«un'attività di soccorso (…) con modalità improprie, in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e, quindi, pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero in quanto finalizzata all'ingresso di persone in violazione delle leggi di immigrazione»*[224].

Le direttive sopracitate, così come il divieto ministeriale appena introdotto, non hanno mancato di scatenare profondi dibattiti sia a livello nazionale[225] che a livello

---

[222] ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019

[223] Alla luce del richiamo dell'art. 19 della Convenzione UNCLOS, che definisce il concetto di "passaggio inoffensivo" (v. supra, Cap. II §§ 2.1.), deve intendersi pregiudizievole con specifico riferimento alla lettera g), e di conseguenza giustificare applicazione la norma in esame, il passaggio di una nave impegnata nel *«carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero»*.

[224] Direttiva del 18 marzo 2019

[225] È stato più volte lamentato che le direttive costituiscono uno sconfinamento delle competenze del Ministero dell'Interno nei confronti del Ministero della Difesa, essendo queste indirizzate anche al capo di Stato maggiore della Difesa e a quello della Marina militare, forze armate che non sono dipendenti dal Viminale.

internazionale; tra queste ultime possiamo ricordare le numerose critiche sollevate dall'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i Diritti Umani, che ha ritenuto la progressiva inibizione delle attività di soccorso delle ONG come una violazione delle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR, e del divieto di non refoulement, con l'unico risultato di mettere a repentaglio la vita dei migranti che rischiano di andare incontro a naufragi o di essere riportati in Libia, Paese che diverse volte è stato etichettato come non sicuro dall'organo internazionale[226].

Dal punto di vista penale, tuttavia, è l'art. 2 che si rivela foriero di conseguenze ancora più pesanti sulla libertà personale, giacché prevede una serie di sanzioni connesse alla non ottemperanza del divieto ministeriale enunciato all'articolo precedente, tra cui in primis una sanzione amministrativa da 10.000 a 50.000 € in capo al comandante e, ove possibile, anche all'armatore e al proprietario della nave; in secundis, a questa segue, *«in caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, la sanzione accessoria della confisca della nave, procedendo immediatamente a sequestro cautelare».*

Inoltre viene espressamente esclusa, in caso di reiterazione per il reato ex art. 12, l'applicazione dei commi 4, 5 e 6 dell'articolo 8-bis della l. 689/1981[227]; in questo modo finisce col delinearsi un trattamento molto più severo che, consci della differenza che caratterizza il modus operandi dei trafficanti rispetto a quello delle ONG[228], appare chiaramente finalizzato a creare più un effetto deterrente nei confronti di queste ultime piuttosto che un mezzo di contrasto alle attività criminali portate avanti dagli scafisti.

Infatti, poiché questi continuano ad operare tutt'oggi, sebbene spesso messi in secondo piano dai media, con meccanismi che non prevedono il riutilizzo delle imbarcazioni né tanto meno il contatto diretto con le autorità marittime schierate dalle

[226] Rispetto alla prima direttiva del 18 marzo 2019, di portata ancora generale, quelle successive si distinguono perché emanate ad hoc contro specifiche ONG, accusate di *«possibile strumentalizzazione degli obblighi internazionali in materia di search and rescue»*; nel caso della ONG tedesca Sea Eye, o ancora di "cooperazione mediata" con i trafficanti al fine di favorire gli ingressi illegali, nel caso della nave "Mare Jonio".

[227] Il trattamento risultante esclude che le trasgressioni commesse in tempi ravvicinati possano essere considerate unitariamente (comma 4); che gli effetti della reiterazione non si applichino nei casi di pagamento in misura ridotta (comma 5); che gli effetti della reiterazione possano essere sospesi finché il provvedimento che accerta la violazione precedente sia divenuto definitivo (comma 6).

[228] Per una disamina sulla tattica della nave madre e i suoi effetti sulla giurisdizione italiana, v. supra, Cap. I §§ 2.3.

forze europee[229], la norma si mostra in realtà disegnata appositamente per dissuadere le ONG dallo svolgere la propria attività di soccorso che, terminando necessariamente con lo sbarco nelle coste italiane, sottopone inevitabilmente l'equipaggio e la nave stessa alla giurisdizione del nostro Paese e alle pesanti conseguenze penali appena introdotte.

L'intero assetto appena descritto incontra però un ostacolo non irrilevante nella locuzione «*salvo costituisca più grave reato*», che, nell'ottica della ratio dalla normativa, difficilmente può essere interpretato come una reciproca esclusione della fattispecie penale rispetto alla sanzione amministrativa, ma anzi sembra al contrario volta ad assicurare l'applicazione di entrambe.

Tuttavia, proprio tale doppia applicazione rischia di essere pesantemente inibita dal principio del ne bis in idem[230], e infatti basta un rapido esame della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ormai da diversi anni fa sistematicamente uso dei cosiddetti "*Engel criteria*"[231] per determinare la natura penale di una norma che formalmente non sia prevista come tale, per intuire come l'art. 2 sarà probabilmente giudicato dalla Corte.

La sanzione prevista all'art. 2 ricopre perfettamente i criteri appena enunciati: il fine chiaramente punitivo, insieme alla gravità della punizione stessa, riconducono la disposizione formalmente amministrativa nell'alveo delle norme penali, con la paradossale conseguenza che la sanzione amministrativa appena inaugurata potrebbe finire per impedire, anziché rafforzare, la repressione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; il divieto di doppio giudizio impone infatti che, in caso di due procedimenti paralleli per lo stesso fatto, la definizione di uno qualsiasi dei due impedisca la prosecuzione dell'altro, ed è abbastanza lecito azzardare l'ipotesi che

---

[229] AA.VV., *Sbarchi fantasma, 1.284 persone nel 2019 sfuggite all'identificazione,* www.ilsole24ore.com, 9 luglio 2019, riporta appunto che *«Stando alle indicazioni fornite da fonti del Viminale, aggiornate a ieri, 8 luglio, dall'inizio dell'anno su un totale di 3.073 persone sbarcate in Italia, 2.486 sono giunte sulle coste italiane a bordo di barchini e piccoli natanti da diporto. Di queste, 1.202 sono state rintracciate a terra in prossimità dello sbarco mentre 1.284 hanno fatto perdere le loro tracce».*

[230] S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici,* Diritto penale Contemporaneo

[231] In particolare, si fa riferimento alla celebre sentenza Grande Stevens c. Italia, dove la Corte ha confermato l'aderenza della propria giurisprudenza ai criteri enunciati nel caso "Engel e altri c. Paesi Bassi", 8 giugno 1976 (ricorsi 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), che identificano una norma come penale in base non solo alla qualificazione giuridica della misura, ma anche alla natura della misura e al grado di severità della sanzione.

quello amministrativo sarebbe, nel caso concreto, molto più celere della sua controparte penale.

Si ricorda infine, in mera anticipazione di quello che sarà il tema del prossimo capitolo, che tanto il già noto art 12 del T.U. dell'immigrazione, quanto le nuove disposizioni appena aggiunte, sono state spesso applicate per punire la condotta delle ONG, ma non si è mai giunti a una condanna a causa del riconoscimento delle cause di giustificazione che ne legittimano l'operato[232], e precisamente l'adempimento di un dovere, tra cui si ricomprende l'obbligo di prestare soccorso previsto all'art. 98 della Convenzione di Montego Bay[233], o lo stato di necessità, avallato dalla giurisprudenza della stessa Cassazione che utilizza la teoria della "autoria mediata"[234].

Le cause di giustificazione ricoprono un ruolo fondamentale non solo in sede di giudizio, ma anche nell'applicazione dello stesso divieto. Come è stato giustamente osservato: *«laddove sussistano i presupposti delle indicate cause di giustificazione, sarà la stessa "tipicità" della violazione amministrativa a venire meno, dovendosi infatti in tal caso considerare illegittimo, per le ragioni sopra illustrate (violazione del non-refoulement e degli obblighi internazionali di diritto del mare), il provvedimento ministeriale di divieto di ingresso che ne ha costituito il presupposto»* [235].

5. *Il Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare*

I due decreti sicurezza del 2018 e 2019 sono sicuramente l'esempio lampante dell'irrigidimento della politica migratoria intrapresa dall'Italia negli ultimi anni. Tuttavia, questi non rappresentano il primo passo fatto dal legislatore in tal senso, costituendo in realtà solo il culmine di un percorso gradualmente portato avanti dal nostro Paese già con gli accordi bilaterali con la Libia e con l'emanazione del Codice di condotta per le ONG del 2017, nato con lo scopo di dettare delle nuove regole in capo agli operatori di soccorso privati nel Mediterraneo.

---

[232] Saranno oggetto di specifica analisi i casi delle navi "Iuventa", "U. Diciotti" e "Sea Watch 3".
[233] V. supra, cap. II §§ 2.5.
[234] Cass. pen. sez. I n. 14510/2014.
[235] ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019

Il documento è stato accolto con generale diffidenza, quando non vera e propria ostilità, sia dalle varie ONG interessate[236] che dalle associazioni impegnate in materia di immigrazione e tutela dei diritti umani, in quanto, secondo la loro opinione, il Codice violerebbe diversi principi del diritto internazionale e impedirebbe alle organizzazioni di svolgere in maniera efficiente la propria opera di soccorso; oltre ai nuovi limiti rivolti alle ONG, uno dei punti di conflitto più accesi è l'imposizione della collaborazione con le forze libiche, Paese di cui è fortemente contestata l'affidabilità circa lo standard di tutela garantito nei confronti dei migranti.

Tuttavia, per poter discutere nel merito del documento, va esaminata preliminarmente la questione della sua qualificazione giuridica, poiché, sebbene esso sia stato presentato dal Ministro proponente come il frutto di un concordato tra il governo italiano e le ONG, non vi è dubbio che presenti delle caratteristiche proprie di un atto normativo, ossia l'imposizione di obbligazioni del tutto unilaterali in capo alle organizzazioni, ricollegata a delle generiche *«misure da parte delle Autorità italiane nei confronti delle relative navi»* come risposta sanzionatoria all'eventuale inottemperanza.

Innanzitutto, sembra più facile partire da un'analisi in negativo, che consenta di escludere le ipotesi di una natura sovranazionale: è difficile inquadrare il Codice nell'alveo dei trattati internazionali, poiché questo deve necessariamente svolgersi in maniera paritaria tra due soggetti di diritto internazionale, ed entrambe le condizioni non sono qui soddisfatte, sia perché le ONG sono riconosciute, nonostante la funzione pubblica che svolgono, come degli enti di carattere sostanzialmente privato, sia perché l'atto, sebbene sia stato redatto (almeno ufficialmente) di concerto con le organizzazioni e preveda la loro sottoscrizione, di fatto rimane frutto di un'imposizione unilaterale da parte dell'Italia e il suo contenuto è stato deciso in via definitiva solo da questa.

Il Codice non presenta neppure le caratteristiche tipiche di nessun atto comunitario: tanto la Commissione quando il Consiglio dell'Unione Europea hanno

[236] Si ricorda infatti che molte ONG di primaria importanza nello scenario internazionale hanno rifiutato di firmare il Codice, tra queste ad esempio Medici senza Frontiere (MSF), che ha esposto i rischi per la sicurezza dei migranti derivanti dai divieti imposti nel documento, perciò confliggenti con lo Statuto interno dell'organizzazione.

avuto un ruolo nella promozione dell'atto[237], ma anche in questo caso è ricaduta totalmente sull'Italia la responsabilità di definirne il contenuto, e tale circostanza fa ritenere in ultima istanza che il Codice di condotta, sebbene auspicato e appoggiato dall'Unione, debba essere considerato un atto di diritto interno.

Tuttavia, il Codice non trova una chiara collocazione nemmeno all'interno della gerarchia delle fonti del nostro ordinamento: esso non presenta le caratteristiche tipiche delle leggi ordinarie o degli atti aventi forza di legge, non avendo attraversato l'iter legislativo previsto dalla Costituzione, ma allo stesso tempo non sembra appartenere neanche al diritto secondario, che prende generalmente forma di regolamento, visto che manca qualsiasi indicazione della potestà regolamentare alla base della sua emanazione.

In definitiva, si deve concludere che il Codice è un atto atipico di natura prettamente privata che non aggiunge alcun elemento giuridicamente rilevante alla disciplina applicabile alle ONG: di fatto possiede solo una mera valenza politica, in quanto, a fronte dell'assunzione unilaterale di impegni da parte delle ONG firmatarie, non sembra però potersi ricollegare, in caso di trasgressione o rifiuto di firmare, alcun tipo di sanzione che non sia già contemplata tra le possibilità offerte dal diritto interno e internazionale[238].

Tale considerazione fa riflettere sull'opportunità o meno di fare uso di atti informali per rispondere al fenomeno migratorio, secondo una prassi ormai consolidata[239]; in tal senso è stato giustamente osservato che, *«se tale approccio presenta l'innegabile vantaggio di rispondere in maniera rapida e agevole laddove si*

---

[237] l'iniziativa italiana di redigere uno strumento volto a disciplinare l'intervento delle ONG operanti nel Mediterraneo centrale è stata dapprima inserita nell'"Action Plan on Measures to Support Italy, Reduce Pressure along the Central Mediterranean Route and Increase Solidarity", elaborato dalla Commissione europea, e, a distanza di pochi giorni, ha ottenuto l'approvazione nell'ambito di una sessione informale del Consiglio dell'Unione europea riunito in formazione "Giustizia e affari interni". Il contributo offerto da entrambi gli organi comunitari assume quindi una veste informale, che va considerato come un avallo di natura politica.

[238] Per un approfondimento sulla qualificazione giuridica del Codice di condotta, v. LECCHI, *Codice di condotta per le ONG, il testo e il commento*, www.pensierodioggi.wordpress.com, 17 agosto 2017.

[239] Possiamo citare tra gli esempi di tale modus operandi sia la sottoscrizione di accordi bilaterali non resi pubblici, ad es. l'accordo concluso tra Italia e Tunisia il 5 aprile 2011, la cui esistenza è stata rivelata nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo [GC], Khlaifia e altri c. Italia (ric. n. 16483/12), 15 dicembre 2016, parr. 36-37, 53, sia la sottoscrizione di intese a opera di organi amministrativi (in genere forze di polizia), quali il "Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia Nazionale del Ministero dell'Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio", firmato a Roma il 3 agosto 2016.

renda necessario un intervento immediato, è, però, innegabile che esso abbia come obbiettivo non dichiarato o, quantomeno, come effetto collaterale ben accetto, quello di regolare il fenomeno migratorio attraverso atti atipici sottratti al controllo giurisdizionale, elemento centrale di una società fondata sullo stato di diritto»[240].

Veniamo adesso alle problematiche inerenti al contenuto del codice, articolate punto per punto:

a) L'Italia è stata accusata di aver operato ben oltre i limiti della propria giurisdizione, dato che il documento presume di disciplinare la condotta di navi appartenenti a Stati terzi anche quando queste svolgano le proprie attività fuori dalle acque territoriali italiane, quindi con ovvia violazione della suddivisione della giurisdizione secondo la convenzione di Montego Bay. La giustificazione secondo cui l'Italia starebbe utilizzando la propria legittima competenza di Stato del porto sembra essere infondata, dal momento che questa è sì prevista dalla Convenzione[241], ma solo quando in presenza di una lesione agli interessi dello Stato che siano riconosciuti da una norma o prassi internazionale, circostanza che però non si applica con riguardo alle operazioni di Search and Rescue.

b) Sebbene non venga messa in discussione la leadership dell'Italia nella coordinazione delle operazioni di soccorso all'interno della propria zona SAR, e quindi dell'obbedienza che le è dovuta da parte delle ONG, deve comunque considerarsi illegittima qualsiasi indicazione che si ponga in conflitto con le norme del diritto internazionale. Su questo principio si basa la scelta di diverse organizzazioni di non firmare il Codice, perché diversi punti in esso previsti minano la salvaguardia della vita in mare; tra questi è stata particolarmente osteggiata la proibizione assoluta del trasferimento di migranti su altre navi e di ogni comunicazione luminosa o telefonica con le navi alla deriva, anche quando tali azioni siano eseguite nell'ambito di una legittima e necessaria operazione di soccorso[242].

[240] MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative, in Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.
[241]Per un esempio di competenza dello Stato porto, si veda Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 218.
[242] Il direttore di MSF, Gabriele Eminente, ha così articolato le proprie perplessità in materia: *«la capacità delle navi di soccorso più piccole di stabilizzare questi barconi in attesa che le navi più grandi*

c) E’ stata fortemente criticata, sempre per eccesso di giurisdizione, anche la previsione che consente all'Italia di posizionare in via unilaterale dei funzionari di polizia giudiziaria preposti a svolgere indagini sul traffico di migranti; infatti, anche se il Codice assicura il rispetto della *«giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera della nave in base all’UNCLOS e alle altre norme di diritto internazionale applicabili»*, di fatto non istituisce alcun meccanismo di coinvolgimento preventivo dello stesso.

d) Sebbene il Codice non preveda delle specifiche sanzioni conseguenti al rifiuto di firmare da parte delle ONG, un comunicato diramato dal Ministero dell’Interno il 31 luglio 2017 ha paventato l’esistenza di *«conseguenze del caso concreto che potranno determinarsi a partire dalla sicurezza delle imbarcazioni stesse»*. Si è discusso sulla possibilità di concretizzare tali conseguenze in un divieto di accesso al porto, così come ipotizzato nella bozza del Codice, poi modificata, ma tale sanzione sarebbe problematica da molteplici punti di vista. Il divieto, per quanto astrattamente possibile, deve essere comunque motivato secondo il diritto internazionale, e, come già detto[243], nessuna norma riconosce le attività di soccorso dei migranti come dei crimini internazionali: se è vero che l'art. 21 della Convenzione UNCLOS lascia alla discrezionalità dello Stato la gestione del proprio mare territoriale e delle leggi di immigrazione, gli artt. 17 e 18 consentono espressamente alle navi straniere la fermata e l'ancoraggio se queste sono state impegnate un'attività di soccorso, e l'art. 19 comma 2 non ricomprende tale attività tra quelle che rientrano nella nozione di “passaggio offensivo”, circostanza che impedisce allo Stato costiero di intraprendere qualsiasi azione nei confronti dell’imbarcazione. Allo stesso modo si profilerebbe una violazione degli artt. 1, 2 e 3 della CEDU perché le navi lasciate in alto mare verrebbero coscientemente esposte a una chiara situazione di pericolo e al rischio di rimpatrio nei Paesi di origine.

imbarcassero le persone è stata cruciale per salvare vite in mare. Trasferimenti tra navi sono stati richiesti di frequente dalla centrale operativa di Roma, da quando abbiamo iniziato le nostre operazioni in mare nel 2015, e hanno permesso di effettuare soccorsi secondo le migliori pratiche, lasciando le navi più piccole disponibili per altri soccorsi mentre le grandi tornavano in Italia».

[243] V. supra, Cap. II §§ 2.3.

e) Come anticipato, il primo punto del Codice, che impegna le ONG a *«non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l'attività di Search and Rescue (SAR) da parte della Guardia costiera libica»*, è probabilmente l'ostacolo che più di tutti ha impedito il raggiungimento di un accordo tra queste e l'Italia. La previsione conferma la manifesta volontà del nostro Paese di concretizzare gli accordi di collaborazione[244] stipulati con le autorità libiche nella lotta all'immigrazione clandestina, nonostante le ripetute denunce di violazioni di diritti umani nei confronti dei rifugiati. La Libia è stata infatti accusata di utilizzare metodi violenti sia durante le operazioni di recupero delle imbarcazioni[245] che all'interno dei vari centri di detenzione sul territorio nazionale[246], oltre a non rispettare il principio di "non refoulement" e del diritto d'asilo, ma questo è solo uno dei motivi per cui l'obbligo di collaborazione appare illegittimo: la Guardia Costiera libica si è dimostrata in più occasioni inidonea a svolgere in maniera autonoma il controllo delle proprie coste, come dimostrato dal Piano d'azione ideato dalla Commissione europea nel 2017, che prevede tra i propri obiettivi quello di *«finanziare la creazione in Libia di un centro di coordinamento e soccorso marittimo pienamente operativo»*, e invitarla a dichiarare una propria area SAR. Se quindi l'obbligo delle organizzazioni non governative di attenersi alle indicazioni del MRCC di Roma è assolutamente ferreo, questo deve necessariamente essere derogato ogniqualvolta si ponga in contrasto con il diritto internazionale.

6. Gli accordi bilaterali con la Libia: un male necessario

Il rapporto che intercorre tra l'Italia e la Libia è di lunga data: questa è infatti un partner fondamentale per il nostro Paese a causa dell'importazione di petrolio, della vicinanza geografica e degli stretti rapporti commerciali e diplomatici.

[244] V. infra, Cap III §§ 6

[245] Sono stati denunciati e documentati da parte delle ONG diversi casi in cui la Guardia costiera libica ha sparato colpi d'avvertimento o attivamente ostacolato le operazioni di salvataggio; tra queste quelle riportate nel corso del 2017 da Mission Lifeline, Proactiva Open Arms, Medici Senza Frontiere e SOS Mediterranee.

[246] Il Cairo Institute for Human Rights Studies, ASGI e ARCI hanno presentato una richiesta congiunta alla Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli affinché svolga un'indagine sulle gravi violazioni dei diritti umani che rifugiati e migranti subiscono nei centri di detenzione libici.

Per tutti questi motivi la Farnesina ha mantenuto stabili rapporti con Tripoli, assolvendo spesso il ruolo di tramite sia con l'UE, al fine di porre un termine all'embargo impostole nel 1986[247], e con gli Stati Uniti, favorendo la ripresa delle relazioni diplomatiche tra i due Paesi[248]; il riavvicinamento della Libia con gli Stati del Mediterraneo si è poi rivelato fondamentale per l'instaurazione di un efficace contrasto internazionale dell'immigrazione clandestina, visto l'enorme numero di sbarchi proveniente dalle sue coste.

Il primo accordo bilaterale con il governo libico, risalente al 13 dicembre 2000, era infatti volto precisamente alla collaborazione in materia di lotta al terrorismo, criminalità organizzata, traffico di droghe e immigrazione clandestina, tramite un potenziamento dei controlli delle frontiere e della cooperazione nelle operazioni marittime, compresa quelle di soccorso in mare.

Un passo avanti è stato compiuto nel 2003, con un nuovo accordo sempre finalizzato al contrasto del traffico di clandestini, anche se bisogna sottolineare che la portata di tale accordo è stata limitata proprio dall'embargo prima accennato, che ha imposto un tetto alle necessarie forniture militari di cui la Libia aveva fatto richiesta per poter svolgere i controlli dei propri confini.

Per tale ragione la fine dell'embargo, fortemente promossa proprio dall'Italia, giunta persino ad annunciare che, in mancanza di una decisone in tal senso da parte dell'Unione, avrebbe comunque aggirato la sanzione a causa della necessità di reagire all'emergenza migratoria, ha permesso nel 2004 un'ulteriore evoluzione dei rapporti tra Libia e l'UE, in concreto con la nascita di un piano che includeva addestramento congiunto, stretta cooperazione nelle indagini su possibili rischi di terrorismo in Italia tramite le rotte dei trafficanti in partenza dalla Libia, e infine la realizzazione di centri per l'accoglienza dei clandestini entrati nel Paese nordafricano o eventualmente intercettati e rimpatriati.

---

[247] L'embargo, disposto in seguito ai numerosi attacchi terroristici sostenuti dalla Libia sul suolo europeo, riguardava non solo armi e mezzi militari, ma anche beni e servizi civili, e prevedeva anche un blocco aereo. Per un approfondimento in materia si veda *L'Ue cancellerà l'embargo alla Libia,* la Repubblica, 2004.

[248] La Libia, inserita tra gli Stati-canaglia dagli Usa già dagli anni '50, si è riabilitata agli occhi della comunità internazionale grazie alla rinuncia alla costruzione di armi di distruzione di massa e alla scelta, da parte dell'allora Primo ministro Muʿammar Gheddafi, di combattere il fondamentalismo islamico e abbracciare l'idea della laicità dello Stato. Per un resoconto completo SARDELLONE, *USA-Libia: un rapporto complesso,* www.difesa.it, 24 gennaio 2013.

Tra i vari accordi bilaterali che si sono susseguiti, notevole menzione è costituita dal "Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione alla Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista" del 2008, che ha portato alla creazione di un sistema organico di cooperazione molto più capillare, riguardante non solo la fase dei pattugliamenti, ma anche quella preliminare di addestramento e successiva di assistenza tecnica e manutenzione dei mezzi navali, nonché la previsione di equipaggi misti destinati ad operare sia nelle acque libiche che in quelle internazionali.

Il cambio di regime avvenuto in Libia con la rivoluzione del 2011, che ha portato alla caduta del Primo ministro Gheddafi e all'instaurazione di un nuovo sistema parlamentare, sebbene segnato da una profonda instabilità politica, non ha incrinato i rapporti diplomatici che si erano consolidati durante il lungo periodo di dittatura: nuovi accordi sono stati siglati sia nel 2012 che nel 2017.

Se il Trattato firmato nel 2012 non aggiunge aspetti fondamentali allo standard di collaborazione fissato nel 2008, costituendo piuttosto una conferma della volontà di entrambi i Paesi di proseguire la cooperazione alla luce del nuovo assetto politico[249], altrettanto non può essere detto con riguardo al Memorandum d'intesa[250] firmato nel 2017, con cui l'Italia si è impegnata a potenziare notevolmente il controllo congiunto delle frontiere libiche, coinvolgendo persino i rappresentanti delle comunità locali delle regioni settentrionali.

Il contributo dell'Italia, con l'aggravarsi della crisi migratoria, si è intensificato in misura sempre maggiore: sempre nel 2017, il nostro Paese ha deciso di partecipare alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica con decorrenza dal 1° agosto al 31 dicembre 2017, svolgendo fondamentali operazioni di ricognizione, formazione e intelligence situate direttamente nel territorio libico[251].

---

[249] Il precedente Trattato di amicizia infatti recava ancora la firma del leader libico Gheddafi, mentre il nuovo accordo è stato firmato invece dal nuovo Ministro dell'Interno Fawzi Al Taher Abdulali, che aveva assunto le funzioni dopo le elezioni del 2012.

[250] Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, firmato dal Presidente del Consiglio Gentiloni e il Presidente del Consiglio presidenziale libico Serraj il 2 febbraio 2017, a Roma.

[251] In particolare, l'Italia ha offerto il proprio contributo nei seguenti settori: protezione e difesa dei mezzi del Consiglio presidenziale/Governo di accordo nazionale libico (GNA) che operano per il controllo/contrasto dell'immigrazione illegale, distaccando una o più unità assegnate al dispositivo per operare nelle acque territoriali e interne della Libia controllate dal Consiglio presidenziale/ Governo di

L'obiettivo certamente lodevole dei trattati appena esposti è sempre stato quello di ottenere un azzeramento degli sbarchi dalla Libia, o quantomeno un punto d'appoggio per poter rimpatriare gli immigrati clandestini intercettati nelle acque internazionali; tuttavia tale collaborazione rimane legittima solo nel momento in cui la Libia dimostri di possedere i requisiti di porto sicuro secondo gli standard dettati dal diritto internazionale.

Ed infatti è proprio questo il punto critico del rapporto tra Italia e Libia: diverse associazioni internazionali, tra le quali l'Associazione per gli Studi Giuridici per l'Immigrazione (ASGI), hanno giudicato illegittimo qualsiasi accordo bilaterale che preveda il rimpatrio in Libia, impossibile da considerare un porto sicuro non avendo neanche firmato la convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati, fonte principale del diritto d'asilo e del principio di non refoulement.

A seguito delle innumerevoli denunce di violazioni dei diritti umani esposte nei rapporti dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati[252], e suffragate sia dalle testimonianze delle ONG entrate in contatto con le autorità libiche, sia dagli stessi migranti che riescono a raggiungere le coste italiane, dubitare della legittimità del sistema con cui la Libia sta gestendo la situazione migratoria sembra quantomeno legittimo, mentre è sempre maggiore l'attenzione dedicata dalla comunità internazionale non solo alla condotta della Libia, ma anche del nostro paese, in qualità di suo partner principale.

La Procuratrice generale della Corte penale internazionale, Fatou Bensouda, ha infatti dichiarato di essere *«costernata per le informazioni credibili secondo le quali la Libia è diventata un mercato per il traffico di esseri umani»*, e che *«la Corte Penale Internazionale, dunque, sta valutando attentamente se aprire un'inchiesta sui crimini*

Accordo Nazionale(GNA) in supporto a unità navali libiche; (ii) ricognizione in territorio libico per la determinazione delle attività di supporto da svolgere; (iii) attività di collegamento e consulenza a favore della Marina e Guardia costiera libica; (iv) collaborazione per la costituzione di un centro operativo marittimo in territorio libico per la sorveglianza, la cooperazione marittima e il coordinamento delle attività congiunte; (v) ripristino dell'efficienza degli assetti terrestri, navali e aerei, comprese le relative infrastrutture, funzionali al supporto per il contrasto dell'immigrazione illegale. Per ulteriori approfondimenti si veda PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, www.penalecontemporaneo.it, aprile 2018

[252] Si ricorda, tra gli altri, il rapporto presentato a Ginevra dal Segretario Generale per i Diritti Umani ONU Andrew Gilmour il 25 marzo 2019, che ha raccolto le dichiarazioni di diversi rifugiati recatisi in Niger dopo essere stati liberati dai centri di detenzione in Libia: in tale rapporto, oltre alle disumane condizioni cui erano sottoposti, la liberazione sarebbe dipeso dal pagamento di un riscatto ottenuto con la violenza dai gestori del centro. Per una lettura più approfondita, si veda TOPI, *Diritti umani: Libia, commissariato Onu denuncia 'orrori inimmaginabili,* www.onuitalia.com, 25 marzo 2019.

legati ai migranti in Libia e, soprattutto, se tali casi rientrino nella competenza del giudice della Corte»[253]; nel caso si decidesse effettivamente di procedere, è stato osservato che anche all'Italia potrebbe essere addebitata una responsabilità internazionale, in quanto "Stato assistente" nella condotta criminosa del partener libico[254].

7. Conclusione: la necessità di una risposta europea all'isolazionismo (giustificato) dei suoi Stati membri

A parere di chi scrive, alla luce della ricostruzione del percorso legislativo svolto dall'Italia nell'ultimo secolo, la normativa dell'immigrazione può essere presa come riferimento delle mutevoli situazioni sociali, politiche ed economiche, tanto interne quanto internazionali, in cui il nostro Paese si è di volta in volta trovato davanti alla necessità di far fronte al perenne flusso di migranti in cerca di occupazione e integrazione.

Il modello che sembra prendere forma propende da un lato alla volontà di tenere fede agli impegni internazionali assunti dall'Italia, dall'altra la chiara consapevolezza dell'obsolescenza di tali propositi, percepiti dai cittadini sempre più come vincoli e lesioni della propria sovranità nazionale, piuttosto che traguardi di umanità e civiltà da salvaguardare.

Se da una parte è forte la tentazione di minimizzare la divisione gradualmente creatasi nel nostro Paese come un semplice scontro tra solidarietà e nazionalismo, sarebbe ingenuo negare il prolungato disinteresse, o quantomeno l'ingiustificabile procrastinazione, mostrato dall'Unione Europea nella risposta della crisi migratoria, a sua volta causa della crescita esponenziale delle correnti isolazioniste che adesso vanno a minacciare l'unità, tanto duramente costruita, del nostro continente.

---

[253] CAVALLO, *La Corte penale internazionale vuole aprire un'inchiesta per crimini contro i migranti in Libia*, www.msoithepost.org, 31 maggio 2019.

[254] PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, www.penalecontemporaneo.it, aprile 2018. L'autrice descrive in primis le due condizioni richieste dal diritto internazionale consuetudinario perché sussista tale responsabilità, ossia *«che lo Stato c.d. assistente agisca con la consapevolezza delle circostanze dell'atto illecito posto in essere dallo Stato c.d. assistito, e che l'atto sia, in astratto, internazionalmente illecito anche se commesso dallo Stato c.d. assistente»*. Entrambi i requisiti sembrano essere soddisfatti.

Tuttavia, pur riconoscendo la delicatissima situazione del nostro legislatore, trovatosi al centro del fenomeno inevitabile e inarrestabile che è l'immigrazione clandestina di massa, senza l'aiuto concreto della comunità europea, rivelatasi inadeguata nel momento del bisogno, non si vogliono assolutamente condividere le numerose violazioni, forzature ed elusioni del diritto costituzionale e internazionale che, lungi dall'offrire una soluzione efficace e di lunga durata, sembrano più assumere una funzione di palliativo rispetto alla crescente insofferenza.

Le innegabili problematiche della collaborazione con la Libia, la criminalizzazione delle ONG, le leggi discriminatorie nei confronti degli immigrati, l'indebolimento delle garanzie nell'esame della richiesta di protezione internazionale, sono tutti sintomi di una politica perennemente emergenziale che, nella ricerca di una illusoria tutela dei confini costruita sulla pelle dei migranti, perde di vista l'obiettivo finale, ossia la creazione di un sistema europeo di valorizzazione, e non rigetto, dell'immigrazione, accompagnato da un'opera di stabilizzazione dei Paesi di provenienza.

Di tale sistema, l'Italia ha il potere e il dovere di assumere il ruolo di guida.

CAPITOLO IV

Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: elementi strutturali e applicabilità alle ONG

1. Premessa: l'evoluzione normativa

Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano con l'art. 12 della legge n. 943 del 1986; questo puniva con la reclusione da 1 a 5 anni, o con la multa da lire 2.000.000 a lire 10.000.000 per ogni lavoratore reclutato, chiunque compisse «*attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini dei lavoratori migranti ai fini dell'occupazione in provenienza, o a destinazione del proprio territorio o in transito attraverso lo stesso*»; altresì veniva punito, seppur in maniera più lieve, il datore di lavoro che occupasse alle proprie dipendenze dei lavoratori immigrati extracomunitari sprovvisti dell'autorizzazione al lavoro prevista dalla presente legge[255].

Questa norma fu sostituita dalla legge Martelli con un'altra di più ampia portata, che puniva genericamente «*chiunque compisse attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato*»; il modello di reato di mera condotta a forma libera delineato con questa norma, seppur parzialmente modificato con le riforme del 2002 e 2009, è rimasto saldo sia con l'avvento della legge Turco-Napolitano che con il completamento del Testo Unico dell'immigrazione, che si sono limitati ad aggiungere nuove specifiche ipotesi di reato e aggravanti, con l'obiettivo di instaurare un trattamento sanzionatorio complessivamente più severo.

[255] L. n. 943/1986 art. 12: *«Chiunque compia, in violazione della presente legge, attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti ai fini dell'occupazione in provenienza, o a destinazione del proprio territorio o in transito attraverso lo stesso, ovvero impieghi lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e, per ogni lavoratore reclutato, con la multa da lire 2 milioni a lire 10 milioni. 2. Il datore di lavoro che occupi alle sue dipendenze lavoratori immigrati extracomunitari sprovvisti dell'autorizzazione al lavoro prevista dalla presente legge è punito con un'ammenda da lire 500mila a lire 2 milioni e, nei casi più gravi, con l'arresto da tre mesi ad un anno».*

L'attuale testo dell'art. 12 T.U. imm., come già visto, oggi ha un ambito di applicazione che va ben oltre la semplice previsione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, regolando anche i poteri delle forze di polizia e della Marina militare nelle acque territoriali ed extraterritoriali. Tuttavia, in questa sede sarà analizzata solo la disciplina che riguarda strettamente la relazione tra questa figura di reato e l'attività delle ONG, ricompresa tra i primi quattro commi.

La dottrina e la giurisprudenza hanno studiato con attenzione questa fattispecie così controversa, anche a causa delle forti ripercussioni politiche che essa comporta, e, sebbene sia ormai possibile inquadrare quali siano gli orientamenti prevalenti in materia, esistono ancora diverse opinioni riguardo le caratteristiche essenziali di questo reato.

2. L'interpretazione della norma: giurisprudenza e dottrina

Prima di esaminare i punti più controversi, sembra però opportuno fornire in via preliminare una raccolta delle opinioni maggiormente condivise sul delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ex art. 12 T.U. imm:

1) Il bene giuridico tutelato consiste nella tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. È però opinione pacifica che questo non debba intendersi semplicemente come l'interesse dello Stato a controllare il flusso di migranti in ingresso, ma che l'interesse pubblico sia solo strumentale rispetto alla protezione dei beni giuridici individuali, col fine quindi di punire lo sfruttamento di soggetti in situazione di bisogno e inferiorità[256].

2) è un reato comune, in quanto il soggetto attivo è identificato come "chiunque".

[256] Si veda LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto&Diritti*, ottobre 2001, che sottolinea la natura di "compromesso" della norma in esame «*tra la logica della programmazione e regolamentazione dei flussi (...) e le istanze solidaristiche di una compagine sociale ancora incerta sull'atteggiamento da assumere verso l'immigrato»;* ancora ZACCARIA, *Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina alla luce delle modifiche apportate al T.U. 286/1998 dalla L. 189/200*, in www.altalex.com, 03 febbraio 2004. Sul versante giurisprudenziale si segnalano due pronunce della Cassazione, ossia Cass. pen. sez. 1 n. 9636 del 13/05/2016, che ha identificato il delitto in esame come plurioffensivo, escludendo per tale motivo l'applicabilità dell'attenuante per danno di speciale tenuità, e Cass. pen, sez. 3, n. 50561 del 08/10/2015, che individua nella ratio giustificatrice della norma, ossia la tutela dell'ordine pubblico, la linea di demarcazione con la tratta di schiavi, che tutela in primis la libertà della persona.

3) è un reato di mera condotta a forma libera, sia nell'ipotesi semplice che in quelle aggravate, che si perfeziona non nel momento in cui si realizza l'ingresso ma nel momento in cui si mette in atto la condotta intesa a favorire tale ingresso in qualsiasi modalità. Esso rientra quindi nel modello dei delitti "di attentato" visto che il disvalore è contenuto nella condotta tipica in sé e non nell'evento concretamente lesivo, ma proprio la locuzione "atti diretti a procurare l'ingresso illegale dello straniero" suggerisce tra gli *essentialia delicti* anche l'idoneità della condotta. Come è stato osservato[257] «*il giudizio di idoneità deve essere compiuto in una prospettiva prognostica ed in concreto, tenendo cioè in considerazione le circostanze in cui il soggetto opera e deve essere rapportato, dal punto di vista temporale, al momento in cui l'agente ha posto in essere la sua attività*». Per quanto il dato testuale sembri suggerire una forma di condotta prettamente attiva, non sembra irragionevole ipotizzare delle situazioni in cui il reato possa avverarsi per "*omissionem commissam"*, come ad esempio in caso di mancata segnalazione all'autorità di frontiera dei clandestini trasportati sulla propria nave[258].

4) è un reato di pericolo c.d. "a consumazione anticipata", perché la soglia della punibilità viene fatta retrocedere rispetto alla effettiva lesione del bene giuridico fino a includere qualsiasi condotta ad esso prodromica. Questo è in realtà uno dei punti maggiormente dibattuti e, sebbene si possa ormai considerare questa tesi pacifica[259], non sono mancate opinioni discordanti nel corso del tempo[260], anche in contrasto con esplicite pronunce da parte della Cassazione[261]. Sempre in tema di consumazione, è discusso se il delitto possieda una natura permanente o istantanea: mentre la giurisprudenza della

[257] GIORDANO, *I delitti di "favoreggiamento" dell'immigrazione clandestina: la giurisprudenza di legittimità*, in www.quotidianogiuridico.it, 18 marzo 2019.
[258] Così SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo ed internazionale*, Giappichelli editore, Torino 2011
[259] Ad es. CITRARO, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e stato di necessità*, in www.deiurecriminalibus.altervista.org; ancora FELICIONI - VEAS, *Rimessa alle sezioni unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti può fattispecie autonome di reato?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 giugno 2018, in particolare si segnala il ragionamento per analogia che porta all'estensione della medesima natura anche alla fattispecie aggravata prevista al comma 3.
[260] Per tutti, ZAINA, *Il delitto di procurato ingresso illecito (art. 12 d.l.vo 286/98 e successive modifiche)*, in www.*diritto.it*, 3 aprile 2008.
[261] V. per esempio Cass. pen. sez. I, n. 4586/2000.

Suprema Corte[262] propende per la prima tesi, altra giurisprudenza[263] tende a considerare il reato come perfettamente consumato già nel momento in cui è terminata la condotta. Un terzo orientamento, sostenuto con decisione dalla più recente giurisprudenza di legittimità, inserisce il delitto in esame nella categoria dei reati eventualmente permanenti, in quanto la condotta, sebbene teoricamente perfezionata anche nella fase anteriore rispetto all'ingresso illegale, con la mera commissione dell'atto ad esso idoneo e finalizzato, cessa solamente quando l'ingresso sia completato o l'azione criminosa venga comunque interrotta definitivamente. La conseguenza è tutto fuorché teorica, giacché dall'accoglimento di questa tesi deriverebbe la necessaria irrilevanza di ogni comportamento successivo o antecedente: infatti i primi potranno al massimo costituire un *post factum* irrilevante, oppure, a seconda dei casi, un elemento strutturale del diverso favoreggiamento delineato al comma 5[264]; i secondi invece non rilevano in quanto non è possibile configurare alcuna forma di tentativo ex art. 56 c.p. A sostegno di ciò troviamo la tecnica descrittiva utilizzata dal legislatore che, parlando di "atti diretti" a procurare l'ingresso illegale sembra voler punire la condotta che semplicemente abbia l'attitudine a causare l'evento purché accompagnata da consapevolezza e volontà. Sembrerebbe quindi eccessivo anticipare ulteriormente la punibilità di una fattispecie essenzialmente formulata sul modello del delitto d'attentato[265], visto che il nostro ordinamento non concepisce la figura del tentativo del tentativo.

5) L'elemento soggettivo è, con accordo unanime, quello del dolo, ma vi sono divergenze sul grado di intensità che deve essere manifestato. L'opinione

[262] Così Cass. pen. sez. I, n. 8065/2004, con riferimento però alla specifica fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero descritta al 5° comma.
[263] Questa teoria è stata sostenuta, in particolare, in una sentenza del Trib. Milano, 2 febbraio 2004, secondo cui il delitto in esame ha carattere istantaneo perché l'atto del favorire l'ingresso si realizza col compimento dell'atto stesso, mentre il successivo permanere clandestinamente nello Stato deve invece essere incluso in un'altra fattispecie delittuosa, ossia il favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero ex articolo 12 comma 5 TU imm.
[264] La fattispecie delineata all'art. 12 comma 5 del T.U. imm. viene in genere denominata "favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero nello Stato", e si pone ovviamente in un momento successivo a quello dell'ingresso in quanto punisce *«Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico»*
[265] In questo senso GIORDANO, *I delitti di "favoreggiamento" dell'immigrazione clandestina: la giurisprudenza di legittimità*, il www.quotidianogiuridico.it, 2019

maggioritaria ricollega il dolo generico alla fattispecie semplice di cui al comma 1, e il dolo specifico per le ipotesi aggravate disciplinate al comma 3-ter, che presuppongono l'intenzione «*di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo*» oppure *«trarne profitto, anche indiretto*[266]». Secondo alcune pronunce[267], però, il requisito dell'idoneità della condotta, e quindi della sua finalizzazione all' evento dell'ingresso illegale, esclude qualsiasi forma di dolo meno grave del dolo intenzionale.

6) Interessanti risvolti riguardano l'applicabilità della disciplina del concorso di persone ex art. 110 c.p: in particolare, è stata valutata la possibilità che gli atti previsti dall'art. 12 T.U. imm., quando posti in essere dagli stessi immigrati clandestini, configurino una sorta di "auto-favoreggiamento", ma tale impostazione non ha trovato il favore della giurisprudenza, né prima[268] né in seguito[269] all'introduzione del reato di immigrazione clandestina ex art. 10-bis T.U. imm. Ma ancora più pertinente rispetto alla responsabilità penale delle ONG è l'ipotesi di cui già si è parlato diffusamente nel corso di questa trattazione, ossia il concorso tra queste e i trafficanti: a causa delle ripercussioni di siffatta teoria su tutti gli aspetti della fattispecie in esame, si rimanda il suo approfondimento ai paragrafi che seguono.

7) Infine, una questione assolutamente primaria, che merita analisi prima di ogni altra, è quella dell'estensione della giurisdizione italiana alla luce del principio di territorialità ex art. 6 c.p., il quale richiede che almeno una parte della condotta illecita sia svolta nel territorio nazionale, dettaglio particolarmente ostico a causa della natura transnazionale del reato in esame. Viste le fondamentali ripercussioni sulla possibilità per le autorità italiane di perseguire

[266] T.U. imm., art. 12 comma 3-ter
[267] Così C. assise Milano, 18 dicembre 2001
[268] Trib. Marsala, 12 gennaio 2004, secondo cui è sempre necessario il requisito della terzietà, non essendo quindi punibile né l'ingresso proprio, né l'accordo con altri soci per un ingresso congiunto, perché ognuno agisce per garantire esclusivamente il proprio.
[269] In tal senso, si veda Cass. pen. 3/06/2010, n. 23872 e Cass. pen. 574/2010, dove viene sancito il requisito della terzietà della condotta di favoreggiamento, dal quale deriva l'inapplicabilità della fattispecie in caso di figlio minore accompagnato, che non può essere considerato terzo rispetto al genitore, titolare della potestà genitoriale.

il reato in esame, ormai la giurisprudenza ha trovato nella teoria dell'autoria mediata un meccanismo efficace di risoluzione della problematica[270],ma questo non è passato indenne da critiche, sia sulla sua opportunità che sulla sua stessa legittimità.

In conclusione, mentre alcuni elementi di questa controversa figura di reato sono ormai pacifici, il dibattito rimane particolarmente acceso sui temi della giurisdizione dell'Italia nel suo perseguimento, la definizione della condotta e le sue ripercussioni sulla consumazione e il tentativo, e infine l'eventuale responsabilità penale delle ONG in qualità di concorrenti del reato insieme ai trafficanti: tali aspetti, sebbene debbano essere analizzati separatamente per ragioni espositive, sono tutti ugualmente indispensabili alla costruzione di una fattispecie coerente e funzionale.

3. La risposta giurisprudenziale al problema della giurisdizione

Come anticipato nei capitoli precedenti, uno dei primissimi problemi che l'autorità giudiziaria ha dovuto affrontare è stata giustificare la giurisdizione dell'Italia nei confronti di un reato che si svolge per la maggior parte fuori dai confini nazionali e coinvolge molti altri Paesi; come sottolineato dall'Agenzia europea FRONTEX, in seguito all'evoluzione delle tattiche messe in atto dai trafficanti, è infatti molto più raro che questi entrino fisicamente all'interno delle acque territoriali, preferendo invece servirsi di lance dirette alle nostre coste o natanti lasciati alla deriva in modo da "delegare" l'onere della fase finale del trasporto agli operatori di soccorso pubblici e privati.

L'art. 6 del nostro Codice penale, che sancisce il principio di territorialità, stabilisce che «*il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione*»; secondo un'interpretazione letterale e strettamente geografica del principio appena enunciato, dovrebbe essere impossibile perseguire i trafficanti che non facciano mai ingresso nelle acque territoriali italiane, ma la realtà è diversa.

[270] V. infra, Cap IV §§ 3.1.

Si è già parlato della teoria della "presenza costruttiva" [271], che autorizza lo Stato costiero a considerare la nave privata straniera nell'esercizio di attività in violazione delle leggi nazionali, anche tramite altre imbarcazioni, come presente nel territorio nazionale, e quindi a esercitare i propri poteri di intervento; in questo modo il traffico di migranti, qualunque sia il modus operandi utilizzato, ricade sempre nella giurisdizione italiana, a condizione che venga confermata la finalità di ingresso illegale «*nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente*»[272].

Questa visione non è però condivisa in maniera unanime: sebbene sia largamente prevalente nella giurisprudenza, che, pur con differenti motivazioni, ormai l'accetta pacificamente, non mancano orientamenti che reputano eccessiva una tale estensione di competenza del giudice italiano.

A tal proposito possiamo citare alcune pronunce, sia di merito che di legittimità, che hanno risolto la medesima problematica con ragionamenti diversi: la prima è la sentenza relativa al caso Cemil Pamuck[273] del 2001, in cui il Tribunale di Crotone ha ritenuto che l'equipaggio della nave madre, fermata in acque extraterritoriali dopo aver allontanato i migranti a bordo su delle imbarcazioni di fortuna dirette verso le nostre coste, poteva essere sottoposto a processo in Italia per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, perché «*l'evento consequenziale alla condotta incriminata, costituito dall'ingresso dei clandestini nelle nostre acque territoriali, si è svolto nel territorio italiano*».

Il diritto internazionale marittimo, e in particolare il disposto degli artt. 95 e 96 della Convenzione di Montego Bay, sanciscono il diritto alla totale libertà di navigazione nelle acque extraterritoriali, seppur nella perenne soggezione alla giurisdizione dello Stato di bandiera; tuttavia, come già osservato, l'immunità che ne deriva non è assoluta, ma trova un limite negli artt. 110 e 111 della medesima Convenzione, i quali regolano i casi tassativi in cui è ammesso l'inseguimento e

[271] V. supra, cap. II §§ 2.3.
[272] T.U. imm., art. 12 comma 1
[273] Tribunale di Crotone, sent. n. 1118 del 12.11.2001, con nota di Cfr. ANTONUCCI, CAIAZZA, FANTINATO, *L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare, con particolare riguardo alle operazioni aeronavali della guardia di finanza nel contrasto ai trafficanti di migranti nel Mediterraneo*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea* (a cura di ANTONUCCI, PAPANICOLOPULU, SCOVAZZI), Torino, 2016, p. 113 e ss.

l'abbordaggio di una nave da parte delle autorità dello Stato costiero, al fine di svolgere ulteriori verifiche sulla liceità delle attività da essa condotte.

Principalmente questi casi riconducono all'ormai nota nozione di crimini "universalmente riconosciuti"[274], che giustificano la repressione da parte di qualsiasi Stato in qualsiasi zona di mare; non essendo però incluso tra questi il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, l'unico possibile pretesto offerto dal diritto internazionale marittimo, in caso di attività sospette, per poter esercitare la giurisdizione italiana su una nave in alto mare, è la mancata esibizione di una bandiera nazionale[275] (o l'esibizione di una bandiera di comodo), o al massimo, in caso di nave straniera, è il preliminare accordo del comandante dell'imbarcazione o dello Stato di bandiera della nave[276].

E proprio in tal modo ha ragionato la Corte nel caso di specie, dove ha in primis legittimato l'intervento della Guardia di Finanza sulla base *«dell'assenza di immatricolazione e di bandiera del motopeschereccio (…) e gli univoci elementi già evidenziati che potevano indurre la polizia giudiziaria a sospettare il coinvolgimento dell'imbarcazione in un'attività criminosa»*, e in secundis, come già accennato, ha ritenuto sussistente la giurisdizione italiana sulla base che l'evento consequenziale, consistente nell'ingresso dei clandestini, avrebbe poi avuto luogo sul territorio nazionale.

Una pronuncia diametralmente opposta, nonostante il fatto di reato presentasse caratteristiche molto simili a quelli della sentenza appena esposta, è stata invece emanata dal Tribunale del riesame di Catania nel 2013, secondo cui *«nessun segmento della condotta (è) stato posto in essere in territorio italiano»*[277]*;* la Corte di Cassazione tuttavia, adita con l'impugnazione della suddetta ordinanza, ne ha ribaltato l'esito,

[274] Si ricorda che tali crimini corrispondono alla tratta degli schiavi, pirateria, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope e infine trasmissioni non autorizzate. Per una più approfondita disanima sui rapporti tra la giurisdizione nazionale e queste figure di reato, e le conseguenze dell'assenza tra di esse del traffico di migranti, v. supra, Cap. II §§ 2.1.

[275] Cfr. Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 110. Si aggiunge però un ultimo caso specifico, previsto al punto e) dell'art. in esame, nei confronti della nave "pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, la nave abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra".

[276] Si riporta l'opinione contraria di BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in www.questionegiustizia.it, 18 settembre 2017, secondo cui «*l'immunità assoluta dalla giurisdizione di Stati diversi da quello della bandiera, sono le navi da guerra (art. 95) e le navi comunque di proprietà o al servizio di uno Stato*», mentre *«per le navi private, l'immunità è limitata ai casi d'incidenti di navigazione, fra cui non rientrano certo reati come il favoreggiamento dell'immigrazione».*

[277] Tribunale del riesame di Catania, Ordinanza del 12.10.2013.

ritenendo che il soccorso delle navi lasciate coscientemente alla deriva, seppur non frutto di un previo accordo, costituisse parte integrante del piano del trafficante e di conseguenza perfettamente e interamente riconducibile alla condotta di quest'ultimo[278].

Nello stesso anno, la Suprema Corte è stata chiamata a decidere un altro caso[279] perfettamente analogo al precedente, e ha ragionato in maniera simile, confermando anche in questa occasione la sussistenza della giurisdizione italiana, ma fondando la sua ragione giustificatrice non tanto sugli effetti lesivi consequenziali della condotta, quanto sull'esistenza di un piano precedente, più complesso e in parte radicato anche in Italia, come dimostrato dalla presenza sul territorio dei cosiddetti "basisti", concorrenti con l'unico e preciso compito di occuparsi del ricovero e dell'occultamento degli immigrati appena sbarcati.

In aggiunta a tale rilievo, la Suprema Corte si è allineata alla giurisprudenza di legittimità ormai consolidata[280], che ritiene i trafficanti unici responsabili anche quando la parte di viaggio ricompresa nelle acque territoriali sia stata di fatto svolta interamente dalle navi, private o appartenenti alle autorità statali, che abbiano intercettato i natanti in difficoltà prima dello sbarco, in quanto di tale *«deliberata situazione di pericolo (…) devono in ogni caso rispondere, ai sensi degli artt. 54, terzo comma e 111, primo comma, c.p., coloro che detta situazione e intervento hanno determinato»*.

In altre parole, la Corte sembra propendere per la tesi secondo cui il reato ex art. 12 T.U. imm. appartiene alla categoria dei reati eventualmente permanenti[281], per cui, anche quando il primo e unico atto compiuto dal trafficante si fosse concluso fuori dal territorio nazionale, la sua permanenza terminerebbe solo con l'avvenuto sbarco in Italia o con l'interruzione coattiva della condotta, mentre il soccorso costituirebbe solo

[278] Cass. pen. sez. I, n. 14510/2014.
[279] Cass. pen. sez. I, n. 36052/2014.
[280] Cass. 1.02.2013, n. 9816 Cass. 23.06.2000, n. 4586, in Cass. pen., 2001, 2187; Cass. 28.11.2000, n. 325; Cass. 27.03.2014, n. 14510 con nota di ANNONI, *Traffico di migranti via mare: l'ambito di applicazione della legge penale italiana*, in www.ferrara.academia.edu , 2015 e PELLEGRINO, *In tema di abbandono di migranti in acque internazionali per provocare interventi di soccorso*, in www.dirmar.com, 2014.
[281] Si ricorda la definizione, consultabile al sito *www.diritto-penale.it*, secondo cui, per reati eventualmente permanenti, si intendono quelli in cui, «*astrattamente, il reato si configura non permanente in quanto non è richiesta la protrazione della condotta per realizzare l'offesa e, tuttavia, è possibile che, nella concreta realizzazione del fatto di reato, il soggetto reiteri la condotta lesiva dando luogo ad una modalità permanente di realizzazione del reato non permanente*».

un *«tassello essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta o spezzata nella sua continuità»*; inoltre, tramite il richiamo all'art. 54 comma 3 c.p., viene anche confermata l'aderenza all'istituto dell'"autoria mediata", secondo cui, quando uno stato di necessità sia stato volutamente causato da un soggetto, rimanga esente da qualsiasi responsabilità penale colui che abbia commesso un reato in conseguenza di tale stato, mentre ne risponda invece colui che l'abbia causato.

Questo istituto sarà analizzato in dettaglio più avanti, a causa dei suoi importanti risvolti sulla punibilità delle ONG in qualità di soccorritori; tuttavia merita almeno un cenno già in questa sede perché, come già riportato, è proprio sulla scriminante ex art. 54 comma 3 che la giurisprudenza ha fondato l'esercizio della giurisdizione italiana, nonostante questa sia stata ideata in rapporto alle ipotesi di coazione morale.

Diversi esponenti della dottrina[282] hanno infatti sollevato delle obiezioni sull'utilizzo di tale istituto nel caso del traffico di migranti: in particolare è stato affermato che l'autoria mediata non sia applicabile al reato in questione perché la corretta scriminante da utilizzare non è lo stato di necessità ex art. 54 c.p., ma invece l'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p., in quanto il soccorso è obbligatorio secondo la legge interna e internazionale.

Se è vero che tale divergenza di pensiero non comporterebbe alcun effetto sulla punibilità o meno delle ONG, altrettanto non si può dire per quella dei trafficanti: come si vedrà più avanti, fondare la giurisdizione statale sull'esclusivo riferimento agli effetti lesivi della condotta in Italia, escludendo in toto la rilevanza dell'opera delle ONG, non è privo di rilevanti problematicità, soprattutto sul versante probatorio, ragion per cui l'autoria mediata è stata utilizzata in primo luogo.

Per concludere, nella situazione in cui una nave non italiana venga fermata, in conformità con quanto stabilito dalla Convenzione UNCLOS, in acque internazionali con il sospetto di aver indirizzato delle lance verso le coste italiane al fine di obbligare

[282] Per la dottrina, si veda ANNONI, *Traffico di migranti via mare: l'ambito di applicazione della legge penale italiana*, in *Rivista del diritto della navigazione, 2015;* per la giurisprudenza incline al preferibile utilizzo della scriminate dell'adempimento di un dovere rispetto allo stato di necessità, caso emblematico è quello della nave "Cap Anamur", e in particolare la sentenza del Tribunale di Agrigento del 15.02.2010

il recupero e il conseguente sbarco da parte dei soccorritori, la giurisprudenza nettamente maggioritaria ha optato per l'utilizzo della scriminante dello stato di necessità e di conseguenza l'applicazione dell'art. 54 comma 3 c.p.; in questo modo *«l'ingresso degli immigrati nello Stato italiano da parte dei soccorritori è considerato come elemento costitutivo del reato stesso per cui si considererebbe consumato in parte in Italia»*[283], per cui si giustifica il perseguimento anche dei trafficanti che non si siano mai introdotti entro i confini delle nostre acque territoriali.

3.1. AUTORIA MEDIATA: PUNTI A FAVORE, CRITICITÀ E PROPOSTE ALTERNATIVE

L'istituto dell'autoria mediata, come abbiamo visto, è stato scelto dalla giurisprudenza prevalente come principale fondamento della giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in risposta al modus operandi (ormai tipico) degli scafisti, che prevede l'abbandono in alto mare di navette totalmente inadeguate, lasciate poi alla deriva fino al soccorso da parte delle ONG o delle autorità nazionali, avvantaggiandosi dei limiti posti alla giurisdizione statale in acque internazionali.

Tale scelta offre il duplice vantaggio di poter da un lato scriminare totalmente l'opera di soccorso degli operatori privati, e dall'altro assicurare la punibilità dei trafficanti ben oltre i confini del territorio nazionale, costituendo quindi un ottimo sistema per contrastare l'immigrazione clandestina; tuttavia l'indubbia efficacia di questa interpretazione del soccorso di necessità non è di per sé sufficiente a scusare un'applicazione eventualmente illegittima della norma.

Per questo motivo, non trovando unanime condivisione né in dottrina né in giurisprudenza, sembra opportuno ricostruire innanzitutto le origini dell'istituto in esame e la sua funzione all'interno dell'ordinamento, assicurando al contempo la dovuta attenzione alle alternative che sono state proposte con l'obiettivo di raggiungere il medesimo risultato senza però forzare il dato normativo per ragioni di opportunità politico-criminale.

[283] LA SPINA, *Note in tema di giurisdizione sull'immigrazione irregolare via mare*, in *GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2017

In primis, il dato testuale: l'autoria mediata trova la sua fonte nell'art. 54 comma 3 del Codice penale, che recita *«la disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo»;* la sua vera origine è però radicata nel diritto penale tedesco, e in particolare nel "*mittelbarer Täter".*

Tale figura è stata coniata nel sistema d'oltralpe al fine di risolvere una lacuna conseguente alla scelta di adottare un modello di concorso di persone «*incentrato sulla tipizzazione differenziata e non già quello della tipizzazione unitaria su base causale*»[284], presente invece nell'ordinamento italiano che, salvo in casi eccezionali[285], non opera alcuna distinzione tra le condotte dei concorrenti in base al diverso ruolo da essi ricoperto, ma richiede esclusivamente un apprezzabile contributo in termini causali.

La scelta di un tale modello, specialmente perché contestuale alla popolarità di cui godeva la tesi della "accessorietà estrema" [286], almeno fino alla riforma del 1943[287], aveva creato un importante *vulnus* nel diritto penale tedesco, che di fatto finiva col garantire l'impunità a chiunque si servisse dolosamente di un soggetto non punibile per le più varie ragioni.

E, proprio al fine di sanzionare questi soggetti, è stata introdotta l'apposita figura dell'autore mediato, disciplinato secondo principi diversi rispetto al concorrente, e tale novità è stata assimilata in breve tempo anche dal nostro ordinamento, nonostante l'inserimento non abbia evitato di suscitare un intenso dibattito circa l'opportunità di concepire l'autoria mediata come un fenomeno

[284] FAZIO*, Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *La legislazione penale*, 25 giugno 2018

[285] Si può riportare ad esempio l'art. 114 c.p., che consente al giudice di ridurre la pena ad uno dei concorrenti *«qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato»*.

[286] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli editore, 2014. Si distingue tra l'accessorietà estrema, in cui *«la punibilità della condotta di partecipazione dipende dalla realizzazione di una condotta principale a sua volta punibile in concreto»*, e limitata, secondo cui è sufficiente *«un'azione principale obiettivamente antigiuridica»*.

[287] Così secondo la ricostruzione di FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *La legislazione penale*, 25 giugno 2018.

indipendente, o se invece fosse preferibile ricondurla interamente nello schema del concorso di persone.

Chi nega questo collegamento, in linea con la distinzione già tracciata nell'originario sistema tedesco, ritiene quindi che l'autoria mediata sia applicabile solamente a determinate ed eccezionali ipotesi, quali quelle previste agli articoli 48, 54 comma 3, e 86 del Codice penale[288], in cui *«viene sancita la penale responsabilità del soggetto che si serva, con peculiari modalità d'azione, del fatto di reato posto in essere da individui lato sensu non punibili»*[289]*;* l'opposto orientamento, che pare essere nettamente dominante[290], inquadra invece anche tali norme nel paradigma del nostro modello di concorso di persone che, a differenza di quello tedesco, riesce a concepire anche tali forme speciali.

Viene infatti ricordato, da chi sostiene l'applicabilità dei principi generali del concorso di persone anche alle ipotesi menzionate, che l'autoria mediata nasce in Germania esclusivamente per rispondere ad esigenze che nel nostro ordinamento non hanno luogo, per cui non troverebbe giustificazione una deroga a tali principi; a sostegno di ciò, si richiamano altri due articoli, il 112 (specialmente l'ultimo comma)[291] e il 119[292] del Codice penale, che sanciscono rispettivamente l'applicabilità delle aggravanti ai concorrenti anche quando uno dei partecipi non fosse imputabile o punibile, e il principio della non comunicabilità delle circostanze soggettive di esclusione della pena per taluno dei concorrenti nel reato.

Mentre la prima delle due disposizioni prevede tra le aggravanti delle situazioni che sembrano rientrare senza difficoltà nello schema dell'autoria mediata, e di conseguenza anche nell'art 86 c.p.[293], la seconda è ispirata al medesimo principio di

---

[288] Queste disciplinano rispettivamente le ipotesi di reato commesso in errore determinato dall'altrui inganno, di stato di necessità provocato dall'altrui minaccia e di determinazione in altri di stato di incapacità per fargli commettere un reato.

[289] Cfr. FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *La legislazione penale*, 25 giugno 2018.

[290] Sul punto, v., per tutti, DE VERO, *Corso di diritto penale II*, Giappichelli Editore, Torino 2017; CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 2009, in cui si confrontano le differenti modulazioni con le quali tale prospettazione è accolta in dottrina.

[291] Art. 112 c.p. ultimo comma: «*Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1, 2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile»*

[292] Art. 119 c.p.: 1° co. *«Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono».* 2° co. *«Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato».*

[293] Si nota ad esempio la somiglianza tra l'art. 112 comma 1 numero (4) c.p., che parla di determinazione di *«un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica»,* e l'art. 86 che

diritto che regge gli artt. 48 e 54 comma 3 c.p., ossia il trasferimento della punibilità dall'esecutore materiale del reato a colui che l'abbia indotto a commetterlo, con la conseguenza che si rende totalmente inutile il richiamo ad un istituto straniero come l'autoria mediata, di fatto mai formalmente abbracciata dal legislatore, né invero dalla giurisprudenza, ad eccezione del recente orientamento che ha visto coinvolte le ONG[294].

Anche volendo giustificare questa interpretazione forzata dell'art. 54 comma 3 come un orientamento "emergenziale", adottato dalla giurisprudenza di legittimità in risposta ad un fenomeno altrimenti non punibile, e avallato da una parte della dottrina[295] che *«riconosce a tale categoria una funzione puramente definitoria e classificatoria»*, non si possono ignorare alcune considerazioni critiche circa l'applicabilità della stessa autoria mediata anche al solo scopo di utilizzare il soccorso di necessità per affermare la giurisdizione italiana.

La prima di tali considerazioni riguarda il dato testuale dell'art. 54 comma 3, che presenta dei requisisti di tipicità piuttosto specifici: per tale motivo, pur rimanendo in linea con i principi dell'ordinamento un'eventuale lettura estensiva *in bonam partem* che assicuri l'impunità alle ONG, ciò non può essere fatto se non al prezzo di operare allo stesso tempo una lettura *in malam partem* nei confronti dei trafficanti, e proprio questo secondo passaggio si discosta necessariamente dal lato letterale, vista l'espressa richiesta di una coazione psichica che, secondo questo orientamento, non sembra invece trovare luogo nel caso di specie.

Tanto la scelta di riconoscere la scriminante dello stato di necessità invece dell'adempimento di un dovere, nonostante la mancanza di una vera e propria minaccia da parte del trafficante verso il soccorritore, quanto la fuorviante equiparazione di una situazione di pericolo con una di necessità, spesso posta a fondamento delle motivazioni delle sentenze già menzionate[296], hanno spinto la dottrina a ricercare

---

punisce chi *«mette altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato»*.

[294] Cass. 26.10.2016, n. 3644

[295] V. in questo senso MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, Padova 2017

[296] In questo senso, FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *La legislazione penale*, 25 giugno 2018, secondo cui la mancanza di riferimenti a coazioni psichiche, in favore invece di *«situazione di minaccia attuale e concreta di danno grave alla persona»* nelle motivazioni della giurisprudenza dominante, tradisce un'interpretazione errata del termine "minaccia" ai sensi dell'art. 53 comma 3, in cui la *«situazione che*

soluzioni alternative per poter affermare la giurisdizione italiana in acque internazionali senza forzare il dato normativo.

Tale obiettivo può essere dunque raggiunto, secondo la tesi in esame, tramite la normale applicazione del concorso di persone. Ovviamente questa idea non è di per sé rivoluzionaria, ma è stata valutata e poi ritenuta inapplicabile nel caso concreto sia per la natura del reato, che essendo a consumazione anticipata è in realtà perfezionato a prescindere dal fatto che i soccorritori svolgano effettivamente il proprio ruolo, e per la natura stessa del concorso di persone, che richiede un determinato contributo causale[297].

Tuttavia, proprio le motivazioni addotte dalla giurisprudenza, che si basano sull'esistenza di un piano preordinato di cui il soccorso costituisce parte integrante, e su tale assunto fondano la responsabilità dei trafficanti, la cui condotta viene considerata *«concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta o spezzata nella sua continuità»*[298], confermano che il contributo offerto dalle ONG non è affatto indeterminato ma al contrario previsto e voluto, anche perché, in mancanza di questo filo conduttore orientato all'ingresso illegale dei clandestini, mancherebbero i presupposti stessi che integrano il favoreggiamento dell'immigrazione.

Infine, anche l'asserita mancanza dell'elemento soggettivo tipico del concorso non trova riscontro se si considera che in realtà, secondo la dottrina maggioritaria[299] e la costante giurisprudenza[300], si considera sufficiente la mera consapevolezza dell'altrui contributo, per cui non rileva, nel caso di specie, l'assenza di un previo accordo o della reciproca consapevolezza.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, sembra dunque possibile argomentare l'affermazione della giurisdizione italiana anche senza ricorrere necessariamente all'autoria mediata, qualificando invece la vicenda come un concorso

---

minaccia pericolo costituisce concetto ben diverso da quello di minaccia che determini una situazione necessitata».

[297] È quanto sostiene TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata" in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in www.archiviopenale.it, 26 luglio 2017.

[298] V. supra Cass. pen., sez. I, 23.05.2014, n. 36052

[299] Sul punto, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Manuale di diritto penale, parte generale, Giuffrè, Milano 2017; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli editore, 2014

[300] Al riguardo, v., per tutti, Cass. 15.1.2013, n. 18745, ove si osserva espressamente come *«in tema di concorso di persone nel reato, la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo».*

di persone riferito tanto ai trafficanti quanto ai soccorritori: enfatizzando il contributo materiale delle ONG, la cui condotta è svolta anche entro il territorio nazionale, si rende il reato perseguibile dall'autorità giudiziaria italiana anche nei confronti degli altri concorrenti, ossia gli scafisti, senza infrangere l'art. 6 c.p.

La tesi appena esposta presenta però una fondamentale e quasi intollerabile criticità: essa comporta necessariamente l'impossibilità di applicare le scriminanti, sia ex 54 c.p. che 51 c.p., se non al costo di estendere l'impunità a tutti i partecipi[301], conseguenza inaccettabile alla luce degli evidenti sforzi del legislatore italiano ed europeo volti a reprimere il fenomeno con ogni mezzo.

L'alternativa alle cause di giustificazione potrebbe essere offerta però dallo stesso art. 12 T.U. imm., poiché al secondo comma esso individua espressamente una "scriminante umanitaria" che recita: *«fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del Codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»*.

Data la collocazione non certo casuale di questa disposizione, è difficile dubitare che questa si possa applicare ai casi in esame, e in particolar modo alle ONG, ma il vero nodo da sciogliere rimane quello di determinare la natura di questa scriminante, in modo da evitare un epilogo simile a quello che seguirebbe l'uso dello stato di necessità o dell'adempimento di un dovere.

I sostenitori dell'orientamento finora descritto tendono a considerare la disposizione di cui all'art. 12 comma 2 come una causa soggettiva di esclusione della pena, non ritrovando da parte del legislatore la volontà di escludere l'antigiuridicità di un fatto tipico, quanto la consapevolezza dell'importanza del ruolo da esse svolto, *«fondata su evidenti e condivisibili ragioni di opportunità politico-criminale, attinente alla posizione di determinati individui rispetto all'interesse concretamente tutelato dalla norma incriminatrice»*[302]: in questo modo si potrebbero allo stesso tempo tutelare i soccorritori e punire invece i trafficanti, le cui attività sono ovviamente escluse dall'ambito di applicazione del secondo comma.

---

[301] Il 2° comma dell'art. 119 c.p. stabilisce espressamente che *«le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato»*.

[302] FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *La legislazione penale*, 2018.

Va però sottolineato che la lunga tesi appena enunciata, che auspica l'abbandono dell'autoria mediata fondata sull'art. 54 comma 3 c.p. in favore del concorso di persone in combinato con l'art. 12 comma 2 T.U. imm., si scontra nettamente con la giurisprudenza prevalente e non trova accoglimento unanime neanche in dottrina: al di là della comprovata efficacia politico criminale dell'orientamento maggioritario, non ha convinto molti la classificazione della scriminante umanitaria come una causa oggettiva di esclusione della pena, che vedono invece nel richiamo specifico all'art. 54 c.p. e nella locuzione "non costituiscono reato" dei chiari segni della natura di elemento negativo della fattispecie[303], fondato sulla prevalenza dell'esigenza umanitaria rispetto alla tutela dell'ordine pubblico.

Altro punto di conflitto nell'utilizzo della scriminate umanitaria consiste nell'ambito della sua applicazione, ritenuto da alcuni troppo limitato in quanto rivolto solo alle *«attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»*[304], e quindi chiaramente impossibile da invocare in caso di attività SAR svolte nelle acque internazionali, che sono ormai la norma; di contro vi è chi ipotizza invece una possibile analogia *in bonam partem* a favore dei soccorritori, in quanto *«Non sembra offrire un valido sostegno argomentativo ad una drastica distinzione del trattamento penale dell'attività di soccorso ed assistenza umanitaria realizzato in Italia rispetto a quello relativo alle medesime attività poste in essere all'estero»*[305].

In definitiva, sembra corretto affermare che, pur ammettendo l'esistenza di alcune incongruenze collegate alla propensione giurisprudenziale sull'uso dell'autoria mediata per risolvere i casi di specie, l'alternativa proposta, ossia l'uso della scriminante umanitaria incardinata nel modello del concorso di persone, viene relegata ad una corrente minoritaria a causa di una divergenza basilare, vale a dire la classificazione della stessa come una causa di esclusione soggettiva invece di una scriminante, che viene rigettata dall'opinione prevalente: l'intero ragionamento non può trovare condivisione se manca questo tassello fondamentale, perché finirebbe

[303] In tal senso, A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali, in Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. CAPUTO e G. FIDELBO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, Torino 2011.
[304] Art. 12 comma 2 T.U. imm.
[305] CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli Editore, 2006

irrimediabilmente per frustrare le esigenze di repressione del fenomeno del favoreggiamento dell'immigrazione da parte dei trafficanti.

In realtà esiste anche una terza via, che rinuncia *in toto* all'uso delle scriminanti appena enunciate, rinnegando la stessa antigiuridicità delle attività di soccorso delle ONG sulla base di uno studio fondato sulla ratio stessa della norma: tuttavia, a causa della sua maggiore attinenza alla responsabilità delle ONG piuttosto che sull'esercizio della giurisdizione, si sceglie di farne qui solo un breve cenno, rimandando il commento alla parte finale del capitolo[306].

4. L'indirizzo maggioritario sulla natura di reato di pericolo: la rilevanza dell'ingresso illecito

4.1. IL COMMA 1: ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELLA TUTELA ANTICIPATA

Il comma 1 dell'art. 12 T.U. imm. definisce la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina come *«promuovere, dirigere, organizzare, finanziare o effettuare il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compiere altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato»*; il comma 3 dello stesso articolo ripropone la medesima condotta, ma prevede un trattamento sanzionatorio più pesante a causa della presenza di alcuni elementi di particolare allarme sociale, ossia:

a) l'ingresso di cinque o più persone,

b) la messa in pericolo della vita o incolumità del trasportato,

c) la sottoposizione dello stesso a trattamento inumano e degradante,

d) la commissione del fatto da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti,

e) la disponibilità di armi o materie esplodenti da parte dell'autore del reato.

La fattispecie che emerge dalla lettura complessiva della norma non ha evitato di generare un intenso dibattito: questo è stato incentrato principalmente sulla natura

[306] V. infra, Cap. IV §§ 5.

di pericolo o di evento del reato e, nel caso del comma 3, anche sulla natura stessa di aggravante o figura autonoma di reato.

Cominciando quindi dal primo oggetto di discussione, il precetto delineato al primo comma risulta indubbiamente generico, nonostante sia stato reso più specifico e concreto dalla riforma del 2009, che ha sostituito al verbo "favorire" l'espressione "procurare": tale modifica, secondo l'interpretazione data dalla Cassazione[307], *«implica, per converso, un apporto connotato di maggiore precisione, causalmente e efficiente a determinare in via diretta il risultato finale».*

E ancora la Suprema Corte si è espressa sugli effetti della riforma del 2002, con una pronuncia da cui si desume che *«finché lo straniero favorito non ha ancora fatto ingresso, la fattispecie di reato prevista dall'art 12 del D. L.vo n 286/98 non è ancora stata realizzata, in quanto chi favorisce non ha ancora procurato l'ingresso del favorito nel territorio dello Stato»*[308]; tale assunto sembra però contraddire la visione condivisa dalla stessa Corte pochi anni prima[309], secondo cui il reato di cui all'art. 12 T.U. imm. è un reato a condotta libera e a consumazione anticipata, che si distacca completamente dall'evento di reato.

Si può quindi già intuire l'incongruenza che ha portato alla nascita del predetto dibattito: lo scontro tra il bene tutelato dalla norma, ossia il controllo dello Stato sui flussi migratori, la volontà del legislatore di anticipare il più possibile la soglia di punibilità della condotta di favoreggiamento, e infine la necessità probatoria di dimostrare la finalità di sbarco, nonostante l'irrilevanza penale dello stesso ai fini della consumazione del reato, alza un velo di dubbio sull'esatto momento della consumazione, perché se da un lato la fattispecie sembra perfezionarsi senza la necessità dell'ingresso illegale, dall'altra appare paradossale punire la procurazione di un ingresso che non si è verificato[310].

---

[307] Cass. Sez. 1, 23 ottobre 2003, n. 40307

[308] Cass. Sez. 1, sent .4694/06 6 febbraio 2006, con nota di C. A. ZAINA, *Il delitto di procurato ingresso illecito (art. 12 d.l.vo 286/98 e successive modifiche),* diritto.it, 2008

[309] Cass. sez. I, 23.6.2000, n. 4586

[310] Col fine di ridurre l'ambito applicativo potenzialmente eccessivo della norma, la Corte di Cassazione si era già espressa con la pronuncia Cass. Sez. 3, 23 gennaio 2003, n. 3162, in cui spiega che la descrizione dell'ingresso *«in violazione delle disposizioni del presente testo unico»,* di cui al comma 1, deve essere interpretata come ingresso senza requisiti sostanziali per l'ingresso e soggiorno sul territorio nazionale, mentre, in conformità al principio di tassatività, le *«attività dirette a procurare l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato»* atti soggettivamente diretti allo scopo di agevolare esclusivamente

Da qui l'insorgere della controversia tra reato di pericolo e reato di evento: pur premettendo che l'opinione ormai pressoché unanime propende per la prima opzione, sembra opportuno valutare le argomentazioni di entrambi gli orientamenti, non solo al fine di avere una visione più consapevole e ragionata della fattispecie in esame, ma anche perché, a seconda della tesi prescelta, deriva necessariamente l'inapplicabilità dell'art. 56 c.p. (*v. infra*).

Prendendo in esame per primo lo schieramento minoritario, l'argomentazione più comune tra i sostenitori del reato d'evento consiste nell'idea che, considerando questa fattispecie come un reato di pericolo, si rischia di costituire una *fictio* giuridica che finisce con l'incriminare una condotta ancora perfettamente lecita, visto che il disvalore sanzionato all'art. 12 T.U. imm. non è contenuto nella semplice attività di trasporto dei migranti, ma solo nelle azioni volte concretamente a permetterne l'ingresso entro i confini nazionali, come sottolineato dalla riforma del 2002[311].

L'indesiderata conseguenza sarebbe la creazione di fatto di una presunzione *iuris et de iure*, contro cui diventa impossibile opporre alcun tipo di prova, essendo così slegata la condotta illecita dal fatto a cui essa sarebbe prodromica[312].

Al contrario, secondo l'orientamento dominante, sostenuto da giurisprudenza ormai ultradecennale[313], l'ingresso si classifica meramente come un post factum irrilevante, visto che il disvalore non si concretizza nel momento dell'ingresso, ma risponde a una visione più ampia, che vede come bene giuridico il controllo dello stato sui flussi migratori in entrata, e in contemporanea la tutela dei diritti del migranti, entrambi suscettibili di lesione anche in assenza dell'evento di ingresso illegale; tale ragionamento sarebbe poi avvalorato dal fatto che il precetto prevede espressamente il termine "atti diretti", che suggerisce un comportamento antecedente, nonché autonomo, rispetto all'ingresso stesso.

---

l'ingresso illegale, sicché potrebbero essere incriminati comportamenti concretamente non lesivi attraverso un modello estremo di anticipazione di tutela.

[311] Contra, Cass. pen. 22/05/2014, n. 28819, con nota di GIORDANO, *I delitti di "favoreggiamento" dell'immigrazione clandestina: la giurisprudenza di legittimità*, in www.quotidianogiuridico.it, 2019. Nella pronuncia, la Corte ritiene che *«le argomentazioni a sostegno di una diversa natura di reato di evento della previsione del terzo comma appaiono fragili»*.

[312] Così ZAINA, *Il delitto di procurato ingresso illecito (art. 12 d.l.vo 286/98 e successive modifiche*), www.diritto.it, 2008

[313] V. *ex plurimis*, Cass. I, 23/6/2000, n. 4586, Cass. pen., 22/05/2014, n. 28819

Come preannunciato, una tale visione riporta due macroscopiche conseguenze pratiche: da una parte rende inapplicabile l'art. 56 c.p., con la conseguenza che *«l'effettiva sterilità dell'azione di chi si attivi al fine di procurare l'ingresso illecito (e cioè non ottenga tale risultato indipendentemente dalla propria volontà) non riveste valore di deminutio rispetto all'ipotesi di reato perfetto»*[314]. dall'altra comporta un importante risvolto con riguardo al tribunale competente, che diventa non quello del luogo in cui è avvenuto l'ingresso, criterio meramente suppletivo, ma dove invece è cominciata la condotta[315].

Il fulcro della questione diventa quindi stabilire il momento in cui la condotta può considerarsi effettivamente perfezionata, dal momento che la mancanza di tipicità nella norma, unita alla inapplicabilità del tentativo che, come appena visto, può portare tanto a una riduzione dell'area di punibilità quanto ad un'estensione virtualmente illimitata, a seconda della lettura estensiva o restrittiva delle condotte che possono essere considerate prodromiche all'ingresso illegale; in particolare, una situazione molto controversa è quella del rinvenimento di clandestini in una nave in transito, prima però che sia messo in atto qualsiasi comportamento, come ad esempio il distacco di una navetta, che possa ricondurre palesemente al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

A tale quesito ha dato risposta la giurisprudenza di legittimità in diverse occasioni; ad esempio si riporta l'estratto di una nota sentenza[316] della Corte di Cassazione del 2006 che interviene direttamente sul punto stabilendo che: *«Ove sia in concreto positivamente provato che il trasporto è preordinato al rimpatrio nel Paese d'origine mediante un mero transito attraverso altri Stati non è configurabile il reato; peraltro, nella fase delle indagini, di fronte ad una situazione di clandestinità e ad una condotta di espatrio illegale dello straniero extracomunitario in un Paese diverso da quello d'origine, se non sia individuabile con immediata evidenza lo scopo della*

[314] Così ZAINA, *Il delitto di procurato ingresso illecito (art. 12 d.l.vo 286/98 e successive modifiche*), www.diritto.it, 2008.
[315] In tal senso, si veda Cass. pen. sez. III, n. 35629/2005, secondo cui *«trattandosi di reato permanente, ai fini della determinazione della competenza per territorio, occorre avere riguardo alla regola generale di cui all'articolo 8, comma 3, del c.p.p., secondo cui è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione. A tal fine, ciò che rileva è il luogo, posto sul territorio dello Stato (si veda l'articolo 6 del c.p.p.), ove abbia avuto inizio l'attività finalizzata all'ingresso illegale»*. Nel caso di specie, esemplificativo del principio di diritto appena enunciato, è stato ritenuto rilevante, ai fini della competenza territoriale, il luogo in cui erano stati tenuti i primi contatti telefonici.
[316] Cass. sez. I, n. 7349/2006.

destinazione finale, l'arresto del soggetto che sia colto in flagranza del favoreggiamento di tale condotta va considerato legittimo, essendo l'accertamento di merito riservato alla sede dibattimentale».

La Corte cerca quindi di trovare un punto di bilanciamento tra la consumazione anticipata del delitto e il diritto alla difesa in capo all'imputato, mettendolo in posizione di dimostrare la giuridicità della traversata, pur non rinunciando alle necessarie cautele in sede investigativa.

In conclusione, sembra corretto affermare che, sin dalla già menzionata sentenza del 2000[317], la giurisprudenza assolutamente dominante abbia classificato il reato descritto al comma 1 come un reato di pericolo, a condotta libera, e a consumazione anticipata.

4.2. IL COMMA 3: LA SENTENZA DELLE S.U. SULLA NATURA DI AGGRAVANTE O FATTISPECIE AUTONOMA

Come più dietro accennato, altrettanti problemi ha comportato la definizione della natura del comma 3, recentemente oggetto di una sentenza da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, emessa in seguito ad ordinanza di rimessione[318] particolarmente meritevole di menzione a causa del lodevole sforzo di ricostruzione degli orientamenti che si sono contrapposti a lungo in materia, nel tentativo di evidenziare l'importante contrasto giurisprudenziale esistente[319].

Seguendo il ragionamento operato dalla Prima sezione, in primis sono analizzati i sostenitori della teoria che attribuisce al comma 3 la natura di aggravante, in quanto identificano nel testo la mera previsione di un *«trattamento sanzionatorio più severo con riferimento a fatti che accentuano la lesività della condotta».*

Questi, non ritenendo sufficiente la semplice presenza della locuzione "salvo che costituisca più grave reato", minimizzata semplicemente come una *«tecnica*

[317] Cass. pen. sez. I, n. 4586/2000.
[318] Cass. pen. sez. I, ord. 15/03/2018, n. 11889
[319] La Prima Sezione ha evidenziato in particolare tre sentenze della Suprema Corte, una in favore della fattispecie circostanziale aggravata per aggiunta (Cass. sez. I del 29/11/2016 n. 14654), e due in favore della fattispecie autonoma di reato, ma di pericolo secondo la prima (Cass. sez. I del 31/03/2016 n. 45734) e di evento per la seconda (Cass. sez. I del 25/03/2014 n. 40624)

normativa insolita, poco attenta alle forme espressive[320]*»* scelgono invece di dare rilievo al fatto che entrambe le condotte siano poste all'interno della stessa norma incriminatrice e presentino gli stessi elementi strutturali essenziali, con "l'aggiunta", nella seconda, di alcuni dati specializzanti, elencati tramite la tecnica della numerazione letterale progressiva, che rispecchiano maggiormente *«una progressione sanzionatoria direttamente proporzionale alla gravità della condotta del soggetto agente»*[321].

Per quanto riguarda il secondo schieramento, i sostenitori notano che entrambe le disposizioni, sia al comma 1 che al comma 3, seguono il medesimo schema tipico composto da precetto e sanzione, mentre in genere la previsione di un aggravante non descrive una condotta autonoma, ma rimanda a quella della disposizione di riferimento, come infatti avviene per i successivi comi 3-bis e 3-ter, che rimandano indistintamente alle condotte dei commi 1 e 3.

La scelta di ritenere il comma 3 come una fattispecie autonoma non sarebbe certo priva di conseguenze pratiche: questa aprirebbe innanzitutto la questione di dissipare il conseguente dubbio sulla natura di reato d'evento o di pericolo, e inoltre impedirebbe l'applicazione del bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p.

La Suprema Corte riunita a Sezioni Unite, dopo aver nuovamente operato una ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'art. 12 T.U. imm., degli orientamenti contrapposti e delle tre possibili soluzioni al quesito postole dalla Prima sezione[322], ha giudicato corretto il primo orientamento, ritenendo fondamentale, alla luce della identità ontologica tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali di reato, su cui solo il legislatore può fare una distinzione, ricostruire la volontà di quest'ultimo utilizzando il criterio ermeneutico "strutturale", ossia *«il modo in cui la norma*

[320] Simile considerazione viene fatta anche per l'uso del termine "fatti", che può essere inteso, al fine di sostenere la tesi in questione, come "ipotesi non circostanziate", in contrapposizione a quelle circostanziate descritte al comma 3.

[321] FELICIONI, VEAS, *Rimessa alle sezioni unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti può fattispecie autonome di reato?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

[322] I tre possibili esiti della sentenza delle SS.UU sono sintetizzati nello stesso quesito presentato al termine dell'ordinanza di rimessione, riportato qui per comodità espositiva: *«se in tema di disciplina dell'immigrazione, le fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 costituiscano circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12, comma 1, del medesimo decreto legislativo ovvero figure autonome di reato; se, in quest'ultimo caso, tali figure integrino un reato di pericolo ovvero a consumazione anticipata, che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, non richiedendo l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio»*.

descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena è indicativo della volontà di qualificare gli elementi come circostanza o come reato autonomo».

Secondo tale criterio, la scelta di ritenere i fatti del comma 3 come dei semplici fatti aggravati rispetto all'identica condotta descritta al comma 1, e non invece appartenenti ad un'autonoma fattispecie delittuosa, sarebbe chiaramente manifestata dall'uso della tecnica di enumerazione letterale progressiva, di norma riservata agli elementi che non sono essenziali per il perfezionamento del reato, mentre non merita altrettanta considerazione la scelta normativa di ripetere l'intera condotta anziché operare un semplice rinvio al comma 1, o l'eventualità, in realtà affatto isolata, di ottenere così l'aggravante di una fattispecie già aggravata..

Infine, la Suprema Corte si premura di specificare le due maggiori conseguenze della propria decisione: in primis, l'applicabilità delle aggravanti di cui al comma 3 anche a titolo di colpa, ex art. 59 comma 2 c.p., altrimenti impossibile non esistendo la fattispecie colposa di favoreggiamento; in secundis, l'applicabilità del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., che trova però un limite nei commi 3-bis e 3-ter che, ai sensi del 3-quater, secondo cui *«le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-bis e 3-ter, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».*

Per quanto ragionevole e ampiamente motivata, la pronuncia delle Sezioni Unite non ha incontrato favore presso alcuni esponenti della dottrina[323], che hanno ritenuto determinanti i rilievi invece scartati da parte della Suprema Corte, ossia l'evoluzione normativa del 3° comma, nato indubbiamente come aggravante del primo, e dotato solo dopo la riforma del 2002 di una propria autonomia tramite l'aggiunta della descrizione della condotta punita e la clausola di sussidiarietà[324]; la presenza del comma 3-bis, che prevedendo una trattamento sanzionatorio più severo

[323] [323] FELICIONI, VEAS, *Rimessa alle sezioni unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti può fattispecie autonome di reato?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018

[324] La stessa Corte individua numerose pronunce esplicative del cambio di indirizzo causato dalla novella legislativa del 2002: per la natura del comma 3 come aggravante ad effetto speciale, sono riportate Cass. sez. I, 21/10/2004, n.44644 (Ren) e Cass. sez. I, 4/12/2000, n.5360 (Vishe); per la natura di autonoma fattispecie di reato invece Cass. sez. I, 22/01/2008, n.7157 (Karpeta) e Cass. sez. I, 25/01/2006, n.11578 (Rufai Kuku).

per la condotta di cui al comma 3, di fatto finirebbe col creare un'aggravante di un'aggravante; infine, la stessa ratio della norma, nell'evidente ricerca di maggiore tutela voluta dal legislatore con la riforma anzidetta, che rimarrebbe frustrata se le condotte più gravi sanzionate al terzo comma potessero rientrare nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.[325]

Tanto la sentenza quanto la dottrina appena richiamate trovano però un punto di congiunzione nella natura del delitto in esame, ritenuto da entrambe un reato di pericolo a consumazione anticipata[326]: la pronuncia infatti si sofferma a sottolineare l'inconsistenza delle tesi che vedono negli elementi specializzanti del comma 3 un disvalore maggiore necessariamente riconnesso all'ingresso, posto che le ipotesi descrivono condotte perfettamente realizzabili anche in assenza di esso, per cui *«il massiccio incremento sanzionatorio, invece, è frutto della valutazione discrezionale del legislatore e in nessun modo può univocamente orientare l'interpretazione della norma in senso contrario alla lettera della norma, escludendo dal perimetro della sua applicazione condotte espressamente considerate»*[327].

5. La responsabilità penale delle ONG "oltre" il legittimo soccorso

Conclusa la panoramica sulla fattispecie delineata all'art. 12 T.U. imm. e sui punti più controversi che la caratterizzano, è il momento di rispondere infine al quesito che costituisce il fondamento di questa trattazione: l'attività di ricerca e soccorso delle ONG, alla luce delle numerose fonti appartenenti al diritto interno, europeo e internazionale, può effettivamente integrare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina previsto all'art. 12 del T.U. sull'immigrazione?

---

[325] FELICIONI, VEAS, *Rimessa alle sezioni unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti può fattispecie autonome di reato?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018. Invero, gli stessi autori sollevano però un'importante problematicità legata alla profonda eterogeneità delle specifiche condotte previste nell'elenco di cui al terzo comma: un trattamento sanzionatorio così opprimente, se aggiunto alle problematiche relative all'anticipazione di tutela ancorate a tale forma di reato, richiederebbe a maggior ragione l'intervento del giudice in sede di bilanciamento, in modo da evitare che le condotte di cui ai punti (b), (c) ed (e), che possiedono disvalori autonomi, siano messe sullo stesso piano rispetto al semplice maggior numero di migranti trasportati o concorrenti coinvolti.

[326] Ovviamente il ragionamento si applica esclusivamente alla fattispecie individuata al comma 1, ma viene qui riportato per la sua importante funzione di nomofilachia, che estende la sua portata all'intero art. 12 T.U. imm.

Prima di ciò, tuttavia, sembra opportuno operare una breve sintesi che raccolga tutti i punti che possono dirsi accertati grazie allo studio dei capitoli precedenti, in modo da costruire una premessa solida su cui articolare una risposta esauriente e di più ampio respiro.

Le Organizzazioni Non Governative, storicamente impegnate nella promozione e protezione dei diritti umani, negli ultimi anni hanno cominciato a operare attivamente nel Mediterraneo a causa dell'esponenziale aggravarsi del fenomeno migratorio in transito dal continente africano a quello europeo, e hanno offerto il proprio contributo per integrare la risposta organizzata dall'Italia e dall'Unione Europea, purtroppo insufficienti ad evitare il continuo susseguirsi di violazioni di diritti umani e naufragi durante le traversate.

Sebbene l'attività delle ONG possieda una natura chiaramente umanitaria, questo non ha evitato l'insorgere di una serie di problematiche legate alla loro presenza nel Mediterraneo, che infatti è stata gradualmente osteggiata dalle autorità europee, libiche e italiane, come indicato rispettivamente dai noti rapporti dell'Agenzia FRONTEX, dalle violenze riportate dai portavoce delle organizzazioni durante le operazioni in mare, e dall'indiscutibile irrigidimento della normativa nazionale, culminato con l'emanazione del decreto sicurezza-bis.

Ciò posto, l'opera di Search and Rescue svolta dalle organizzazioni umanitarie, come già ampiamente dimostrato, di per sé è non solo legittima, ma addirittura doverosa; la causa delle ostilità va ricercata infatti in un altro ambito, ossia l'autonomia delle ONG, le quali, seppur impiegate nelle varie operazioni europee, non sono vincolate in alcun modo dagli interessi politici che invece influenzano inevitabilmente le azioni degli Stati e dell'UE.

Qui si fonda la crescente insofferenza degli altri attori del Mediterraneo nei confronti degli operatori privati: l'UE li ha accusati di avere un effetto incentivante nei confronti dei trafficanti a causa della loro vicinanza alle coste libiche, in contrasto con il piano orchestrato a livello europeo; la Libia lamenta continue interferenze nella tutela dei propri confini, a causa del loro persistente rifiuto a consegnare i migranti recuperati ad un Paese i cui porti non sono considerati sicuri; in Italia non solo sono state aperte numerose indagini a loro carico per il reato ex art. 12 T.U. imm., ma, in linea con l'attuale normativa, ormai sistematicamente viene negato lo sbarco alle ONG

che chiedono di attraccare nei nostri porti, con pesantissime conseguenze penali per gli equipaggi che infrangono il divieto.

Una delle prime vicende dove si è ipotizzata una responsabilità penale in capo a una ONG è il caso della nave Cap Anamur, risalente al 2004, particolarmente nota per le importanti ripercussioni politiche dovute alla scelta, da parte del capitano, di sfondare il blocco navale che le era stato imposto dal Governo italiano trattenendola per due settimane al largo delle coste siciliane: il riconoscimento dello stato di necessità e urgenza da parte del Tribunale di Agrigento, a causa delle precarie condizioni igienico sanitarie createsi a bordo, insieme al diritto esclusivo del comandante di individuare un "*place of safety*" dove attraccare, ha portato all'assoluzione con formula piena "perché il fatto non costituisce reato" nei confronti del comandante e del suo secondo, insieme al dissequestro della nave.

Il caso della Cap Anamur è stato solo il primo di numerosi procedimenti giudiziari nei confronti delle ONG, che sono ormai diventati una costante da quando le accuse di possibili accordi con i trafficanti sono state avallate dai rapporti di un'entità internazionale autorevole quale è FRONTEX; da quel momento infatti l'attenzione pubblica sulle ONG, alimentata continuamente dalle correnti più nazionaliste del nostro Paese, è cresciuta a tal punto da portare all'apertura contestuale contemporanea di numerose indagini, a carico delle organizzazioni Open Arms a Catania, Sea Watch a Palermo, Jugend Rettet a Trapani, nessuna sfociata in un processo[328].

Sebbene tutte le indagini predette siano state archiviate per motivi in parte diversi a seconda del caso concreto, l'elemento comune risiede nell'assenza, secondo i magistrati, di «*elementi concreti che portano a ritenere alcuna connessione tra i soggetti intervenuti nel corso delle operazioni di salvataggio a bordo delle navi delle Ong e i trafficanti operanti sul territorio libico*»[329].

---

[328] Si è parlato diffusamente, soprattutto in ambito giornalistico, del "Teorema Zuccaro" (dal nome del procuratore di Catania Carmelo Zuccaro che l'ha sostenuta e resa pubblica, anche sulle principali reti italiane), ossia la tesi secondo cui le ONG avrebbero avuto dei contatti stabili e duraturi con i trafficanti, e che proprio tali rapporti sospetti fossero alla base dell'improvviso aumento di operatori privati, nonché presumibilmente la fonte principale di finanziamenti. Proprio in tale periodo sono stati aperti, a breve distanza l'uno dall'altro, i procedimenti richiamati. Per un approfondimento in materia si veda L. CAPONE, *Ma non ho le prove. Il pasolinismo di Zuccaro*, www.ilfoglio.it, 28 aprile 2017; o ancora A. CAMILLI, *Il teorema Zuccaro sulle ong è fallito*, www.internazionale.it, 15 maggio 2019.

[329] Secondo quanto riportato da G. GIACOBINI, *L'indagine sulla ong Open Arms è stata archiviata per mancanza di prove*, www.wired.it, 15 maggio 2019, queste sono le motivazioni addotte dai pubblici

Questo, però, non ha influito sulla diffusa ostilità orami radicata nei confronti delle ONG, che vengono ancora identificate da buona parte dell'opinione pubblica come il principale fattore dell'immigrazione incontrollata che investe il nostro Paese; nelle parole del Procuratore di Catania Carmelo Zuccaro, queste «*fanno parte di un sistema profondamente sbagliato, che affida la porta d'accesso all'Europa a trafficanti che sono criminali senza scrupolo. Questo è l'aspetto sbagliato delle cose che non risponde né a senso di umanità né di solidarietà*»[330].

Vediamo, quindi, quali sono gli elementi che sono stati posti a fondamento delle inchieste a carico delle ONG, e quali invece sono stati determinanti per evitare la sentenza di condanna.

Innanzitutto, non è così impensabile ipotizzare che, almeno astrattamente, la condotta di soccorso e trasporto dei migranti fino alle nostre coste possa integrare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: l'aspetto determinante si è sempre incentrato sull'antigiuridicità della condotta più che sulla corrispondenza al fatto tipico, e in particolare sull'effettiva offensività in relazione agli obblighi giuridici di soccorso vigenti nel diritto internazionale ed interno.

L'art. 12 T.U. imm., infatti, presenta una doppia clausola di illiceità speciale: esso richiede in primis che la promozione/direzione/organizzazione/effettuazione del trasporto di migranti sia posta in essere «*in violazione delle disposizioni del presente testo unico*», in secundis presenta una clausola di chiusura che include anche tutti gli «*altri atti idonei a procurare illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato*»[331].

Tali previsioni non sono scontate, ma anzi assolutamente necessarie per poter sanzionare una condotta che altrimenti non potrebbe essere considerata criminale, essendo imposta e coordinata dallo Stato; alla luce di questi presupposti, è evidente che il soccorso, per poter rientrare nella fattispecie dell'art. 12 T.U. imm., debba essere connotato dalla lesione del bene giuridico tutelato dalla norma, e se è opinione consolidata che la sua ratio complessiva consista nella tutela della sicurezza e

ministeri che hanno chiesto l'archiviazione delle indagini, aperte un anno prima dal procuratore Zuccaro, nei confronti della ONG Open Arms.

[330] L. TOMASETTA, *Catania, nuova indagine sulla Ong spagnola Open Arms*, www.tpi.it, 11 luglio 2018

[331] T.U. imm, art. 12 comma 1

dell'ordine pubblico, ottenuta tramite il controllo dei flussi in ingresso nel Paese, non è altrettanto immediato presumere che l'opera delle ONG leda tale prerogativa dello Stato, visto che in questo modo, a differenza degli sbarchi occulti, il controllo dello Stato sugli stessi viene anzi esclusivamente rafforzato[332].

La legittimità della condotta delle ONG, più volte confermata sul piano pratico nelle varie vicende giudiziarie di cui già si è accennato, viene motivata secondo il medesimo comune denominatore, ossia il riconoscimento di una causa di giustificazione, sia essa l'adempimento del dovere o lo stato di necessità, che impediscono di sanzionare le organizzazioni persino in caso si rifiutino di ottemperare alle indicazioni fornite dal centro di coordinamento di Roma, quando impongano di consegnare i migranti alle autorità libiche o di attraccare direttamente sulle coste del paese nordafricano che, pur possedendo formalmente una zona SAR, non è ritenuto un porto sicuro[333].

Il riconoscimento delle cause di giustificazione, come già fatto presente, non gode però di altrettanto favore presso la dottrina[334]: nonostante il parere pressoché unanime sulla necessità di punire i trafficanti senza sacrificare l'opera legittima e necessaria delle ONG, molti hanno lamentato la forzatura insita in questa interpretazione della legge, principalmente volta all'utilizzo dell'istituto dell'autoria mediata.

Oltre alle osservazioni già esposte sulla preferibilità della "scriminante umanitaria" prevista al 2° comma rispetto alle cause di giustificazione ex art. 51 e 54 c.p., un'altra possibile via si fonda precisamente sulle clausole di illiceità speciale appena menzionate. Molto più semplicemente, le attività di soccorso sarebbero legittime non in base ad una scriminante o a una causa di esclusione della pena, ma

---

[332] Così S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2018

[333] Tale presa di posizione è stata assunta ormai da innumerevoli esponenti appartenenti tanto al mondo politico quanto a quello giuridico: si riporta ad esempio la dichiarazione dell'ex Ministro degli Esteri Moavero Milanesi, rilasciata il 28 giugno 2018, secondo il quale *«La definizione di porto sicuro viene dalle convenzioni internazionali, queste condizioni per la Libia non ci sono»;* ancora, tra le varie denunce fatte dall'UNHCR, particolarmente recente quella espressa in un rapporto richiesto dal GIP di Trapani durante il caso "Vos-Thalassa" (GUP Trapani, sent. 23 maggio 2019), che ha chiaramente ribadito come *«il ritorno in quei territori costituisse per loro una lesione gravissima di tutte le prospettive dei fondamentali diritti dell'Uomo»* e quindi *«l'ordine impartito dalle autorità Libiche alla Vos-Thalassa fosse palesemente contrario alla Convenzione di Amburgo».* Per un ulteriore disamina del caso in questione, si veda L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa),* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

[334] V. supra, Cap. III §§ 3.1.

proprio in quanto «*attività intrinsecamente lecite, come tali non integranti il paradigma delittuoso di cui all'art. 12 t.u. imm.*»[335].

Doveroso precisare che, pur ottenendo il medesimo salvifico risultato riguardo le azioni delle ONG, tale interpretazione sacrifica completamente ogni tentativo di repressione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: in questo modo infatti il trasporto effettuato dalle ONG viene totalmente slegato dalla condotta dei trafficanti, e si inibisce l'applicazione estesa del principio di territorialità ex art. 6 c.p., di vitale importanza per poter affermare la giurisdizione italiana su reati che, col modus operandi moderno, rimarrebbero altrimenti impossibili da perseguire a causa del peculiare regime vigente nelle acque extraterritoriali.

Lo stesso non può essere però affermato per i presunti accordi con i trafficanti: questa possibilità, ipotizzata prima nei rapporti di FRONTEX e poi concretizzata nella vicenda della nave "Iuventa", che sarà analizzata *funditus* nel prossimo capitolo, si distingue dai casi già visti perché non viene messa in discussione la legittimità del soccorso di per sé considerato, quanto invece le condotte ad esso antecedenti e susseguenti; anche se l'accordo, o quantomeno la collusione, tra le ONG e i trafficanti fossero volti all'obiettivo esclusivo di eliminare il rischio di naufragi o di intercettazioni da parte delle discutibili autorità libiche, ciò potrebbe al massimo giustificare un'attenuante per "motivi di particolare valore morale o sociale" ex art. 62 c.p., ma solleverebbe sicuramente legittimi dubbi sull'antigiuridicità della condotta, perché non si può negare l'effetto rafforzativo che la consapevolezza dell'esatta posizione delle navi di soccorso a poche miglia dalle coste libiche avrebbe sul proposito criminoso.

Quindi, ritenendo ormai di aver escluso ogni rilievo di illegittimità sul soccorso in mare di per sé considerato, l'unico fondamento di una eventuale responsabilità penale delle ONG consiste nella prova dell'esistenza di una previa intesa, quantomeno tacita, tra queste e i trafficanti di esseri umani e, nel caso, nell'eventualità che tale

[335] S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018. L'autrice separa i profili di causalità empirica dalla responsabilità penale delle ONG: in particolare: «*La condotta sarà pure, insomma, causalmente rilevante rispetto all'azione dei trafficanti, e come tale "tipica" ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 c.p. e 12 t.u imm.; ma non potrà essere considerata "antigiuridica", stante il suo carattere di condotta doverosa ai sensi di altre disposizioni del diritto nazionale e internazionale, prevalenti sul divieto penalmente sanzionato in parola*».

intesa possa effettivamente costituire un concorso nel favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

CAPITOLO V

La risposta giurisprudenziale alla crisi migratoria: analisi critica e comparata di tre casi concreti

Premessa: la rilevanza delle tre vicende prescelte

La crisi migratoria che ha investito l'Europa negli ultimi anni ha messo a dura prova l'impegno degli Stati ad agire sempre in maniera conforme al diritto internazionale, vista l'instabilità sociale e politica che tale flusso di stranieri irregolari ha portato nei nostri territori.

L'Italia in primis, a causa della posizione geografica la espone in maniera particolarmente severa all'entità del fenomeno, ha adottato una politica che potremmo definire a tratti "emergenziale", cercando di ottenere risultati soddisfacenti nel minor tempo, soprattutto in materia di tutela di confini.

L'ostilità nei confronti delle ONG, acuitasi particolarmente negli ultimi anni, è solo uno dei sintomi di questa nuova politica, ma è particolarmente esplicativa della necessità, da parte dei più recenti esecutivi, di manifestare ai cittadini la capacità dello Stato di controllare efficacemente gli ingressi e combattere allo stesso tempo i trafficanti.

Tuttavia, si è evidenziato come molte delle azioni intraprese dallo Stato in tal senso siano in realtà fondate in una zona grigia del diritto, con discutibili basi giuridiche: esploreremo adesso tre casi particolarmente interessanti, perché sfuggono al già consolidato schema ampiamente descritto nel capitolo precedente.

Queste tre vicende giudiziarie, che prendono il nome dalle navi coinvolte, sono il caso della "Iuventa" del 2017, il caso della "U. Diciotti" del 2018, e infine il recentissimo caso della "Sea Watch 3", concluso nell'estate di quest'anno: il primo merita menzione perché pone l'accento sulle difficoltà pratiche di stabilire il confine tra le attività di soccorso e il favoreggiamento, e sul valore da dare allo scopo

umanitario in caso di eventuali intese coi trafficanti; il secondo esplora invece i limiti della discrezionalità dell'autorità politica nell'ambito della tutela dei confini, e, nel caso concreto, l'eventuale perseguibilità del Min. dell'Interno a causa delle restrizioni *contra legem* imposte agli operatori di soccorso istituzionali; infine il terzo evidenzia l'incertezza dell'interprete davanti al bilanciamento tra i beni giuridici tutelati nel nostro ordinamento e l'adempimento di doveri che derivano da fonti internazionali, bilanciamento che, qualora indirizzato verso la perenne prevalenza dei diritti umani, finirebbe col creare una condotta virtualmente impunibile a prescindere dalle modalità concrete della sua realizzazione.

A) Il caso "IUVENTA": la difficile classificazione del fine umanitario nel concorso coi trafficanti

Si è già trattato delle difficoltà ricollegate alla responsabilità penale delle ONG, le cui attività di soccorso, integrate (non senza discrasie) nelle operazioni di matrice europea nel Mediterraneo, sono giustificate e tutelate da innumerevoli fonti del diritto su tutti i livelli, con la conseguenza che tutti i molteplici procedimenti giudiziari intrapresi nei loro confronti sono terminati con un'archiviazione o con una sentenza di assoluzione.

Allo stesso tempo, però, è stato evidenziato che la ratio dell'impunibilità delle ONG, ossia l'assenza di antigiuridicità della condotta a causa del riconoscimento dello stato di necessità o, in via alternativa e meno frequente, dell'adempimento di un dovere, non è illimitata.

Tra i numerosi casi che hanno visto coinvolte le Organizzazioni Non Governative negli ultimi anni, ce n'è uno in particolare che presenta degli elementi così peculiari da far ritenere, nell'opinione di chi scrive, che potrebbe effettivamente comportare alla prima affermazione di responsabilità penale dell'equipaggio di una ONG nell'ambito di un'operazione di Search and Rescue, a condizione che la ricostruzione svolta dagli inquirenti venga confermata in sede dibattimentale dopo l'esame dell'ingente materiale probatorio raccolto.

La nave "Iuventa", di proprietà della ONG "Jugend Rettet", è stata al centro di un'importante vicenda giudiziaria che l'ha vista coinvolta, come di consueto, in un caso di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; secondo le dichiarazioni di alcuni membri dell'equipaggio[336], già nel maggio del 2017 la nave era stata messa sotto sorveglianza dall'autorità giudiziaria italiana, che nutriva già seri sospetti nei suoi confronti, e da quel momento in poi la situazione si era gradualmente aggravata, prima a causa dei rapporti di Frontex, poi con le indagini del procuratore Zuccaro, e infine con il Codice di condotta predisposto dal ministro Minniti, che la Jugend Rettet aveva deciso di non firmare.

La sempre maggiore diffidenza delle autorità italiane ha trovato infine coronamento con l'applicazione su richiesta, da parte della procura di Trapani, di un sequestro preventivo nei confronti della nave "Iuventa" ex art. 321 comma 1 c.p., a seguito della formulazione dell'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina aggravata formulata dalla Procura di Trapani: il maggior disvalore è riconducibile a due delle ipotesi previste all'art. 12 T.U. imm., ossia le lettere (a) e (d) del comma 3, che puniscono in maniera particolarmente severa *«l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone»* e il fatto «*commesso da tre o più persone in concorso tra loro*»; la presenza di entrambe le ipotesi comporta altresì l'applicabilità dell'aggravante disciplinata al comma 3-bis[337], che aggrava ulteriormente il trattamento sanzionatorio che si prospetta per l'organizzazione umanitaria.

1. Il sequestro della nave da parte del G.I.P.

1.1. LA CONDOTTA CONTESTATA

Come anticipato, il caso in esame merita un'analisi approfondita perché, diversamente da quelli già citati, l'accusa non riguarda la legittimità o meno del soccorso in senso stretto, quanto le condotte ad esso antecedenti e successive: in particolare, è stata prospettata l'esistenza di vere e proprie "consegne concordate di migranti" frutto di un'intesa maturata tra l'equipaggio della "Jugend Rettet" e i

[336] S. VELI, *In principio fu Iuventa*, www.ilmanifesto.it, 10 aprile 2019
[337] Art. 12 T.U. imm comma 3-bis: *«Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata»*.

trafficanti, a seguito di diversi incontri tra le parti, avvenuti in alto mare a bordo delle rispettive imbarcazioni.

Gli elementi fondanti dell'indagine sono stati raccolti dall'agente sotto copertura dello S.C.O. Luca Bracco, imbarcato ufficialmente in qualità di addetto alla sicurezza (di una compagnia privata) sulla motonave "Vos Hestia", appartenente alla ONG "Save The Children" e coinvolta in molteplici eventi SAR insieme alla "Iuventa", ma in realtà incaricato di vigilare sulle attività degli operatori di soccorso e comunicare eventuali illegittimità.

Il decreto di sequestro preventivo, emanato dal GIP di Trapani il 2 Agosto 2017, prende in considerazione tre episodi, tutti indipendenti e diversi tra loro, ma comunque connotati da condotte indubbiamente atipiche, dalle quali il giudice deduce la chiara presenza del fumus di reato ex art. 12 T.U. imm.:

1) Nel primo di questi, avvenuto in data 10/09/2016 all'interno delle acque territoriale libiche, l'ONG ha accolto a bordo 140 migranti trasportati direttamente da un'unità navale, guidata da due scafisti, che ha poi fatto subito ritorno alle coste libiche, mentre i migranti recuperati venivano trasferiti sulla nave "Vos Hestia" e da questa portati al porto di Trapani.

2) Nel secondo evento, avvenuto in data 18/06/2017 in acque internazionali, la "Iuventa" ha partecipato al soccorso di un ingente numero di migranti, per poi riconsegnare ai trafficanti libici le tre imbarcazioni, appena svuotate, trainandole con i propri gommoni di soccorso, in modo da consentirne il futuro riutilizzo; una di esse, contrassegnata con le lettere "KK", è stata infatti riutilizzata pochi giorni dopo, giungendo fino al porto di Trapani il 26/06/2017.

3) Infine, nell'ultimo episodio, avvenuto lo stesso giorno a poche ore di distanza e sempre in acque internazionali, si sarebbe registrato un vero e proprio accordo tra i trafficanti e l'equipaggio della "Jugend Rettet", costituito prima da un incontro a bordo delle rispettive imbarcazioni, poi una breve separazione e infine il ricongiungimento delle parti, in occasione del quale è avvenuto il trasbordo dei migranti e la prelevazione del motore del gommone da parte degli scafisti, al termine delle operazioni.

Il giudice dedica lodevole attenzione alla ricostruzione di tutti i "comprovati elementi storico-fattuali", necessari sia per la comprensione del grado di sospetto gravante sulle operazioni di soccorso della "Iuventa", sia per la definizione delle questioni da affrontare relative alla legittimità del sequestro: tra di esse è opportuno menzionare la nazionalità della nave (olandese) e quella della ONG (tedesca), a causa dei risvolti in materia di giurisdizione; le ripetute critiche mosse al modus operandi dell'equipaggio, anche da parte di altri operatori impegnati nel soccorso in mare, accusato di aver violato in più occasioni le disposizioni dell'IMRCC[338] di Roma sconfinando nelle acque territoriali libiche e intrattenendo indebiti contatti con i trafficanti, al fine di *«favorire future operazioni di immigrazione clandestina ed a garantire la creazione di un rapporto preferenziale e fiduciario con i trafficanti libici»*[339]*;* la precisa volontà, da parte dell'equipaggio della ONG, di ostacolare le autorità italiane ed europee nel contrasto al traffico di migranti, in primis occultando materiale video e fotografico in modo da impedire l'identificazione degli scafisti coinvolti negli eventi SAR, e in secundis confezionando delle *«versioni omogenee e di comodo in occasione della loro escussione da parte delle autorità italiane»*, con riguardo sia alla loro presenza nelle acque libiche che alle attività sospette nei confronti dei trafficanti libici[340].

A causa della moltitudine di elementi sopra riportati, *in prima facie* pare condivisibile la scelta del GIP di Trapani di disporre il sequestro della nave, in linea con la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, decisamente consolidata sul ritenere che il reato di cui all'art. 12 T.U. imm. sia un reato di pericolo a consumazione anticipata, che sanziona non l'ingresso illegale dello straniero, bensì ogni condotta ad esso causalmente collegata e finalizzata, non rilevando in alcun modo il conseguimento dello scopo.

[338] Tra i comportamenti considerati "problematici" dal GIP, si ricorda il persistente rifiuto di attraccare in alcun porto libico o consegnare i migranti recuperati alle Guardia costiera libica, che aveva già portato a situazioni di enorme tensione con le autorità locali.

[339] Le prove audiovisive raccolte dall'agente sotto copertura, allegate al decreto di sequestro, hanno ritratto in più occasioni l'equipaggio e i trafficanti scambiarsi segni di saluto e intrattenere *«brevi colloqui»,* che sono stati interpretati dal giudice come chiari segni d'intesa tra le due parti.

[340] L'intento di intralciare attivamente le indagini sarebbe avvalorato da diverse conversazioni intercettate dagli inquirenti, oltre che dalle false dichiarazioni rilasciate dal comandante della "Iuventa" durante la sua escussione, presto smentite dagli accertamenti operati dalla Guardia Costiera italiana.

Ancor di più pare ragionevole la decisione del giudice, se si considera che l'attività delle ONG, per prassi giurisprudenziale ormai costante, viene ritenuta perfettamente in grado di integrare la fattispecie in esame, ed anzi parte integrante ed essenziale della catena casuale che si perfeziona con l'ingresso dei migranti nello Stato, poiché essa non costituisce *«evento anomalo, imprevedibile o eccezionale, ma fattore messo in conto dai trafficanti per sfruttarlo a proprio favore e provocato*[341]*»*, e tale previsione diventa in questo caso addirittura certezza, in caso di effettivi accordi stretti in precedenza, il che permette di ipotizzare, almeno sotto il profilo del fumus, la responsabilità dell'organizzazione in qualità di concorrenti materiali e morali.

Allo stesso tempo, essendo ben noto l'orientamento dominante che non riconosce la punibilità delle ONG a causa dell'intervento delle scriminanti ex art. 51 e 54 c.p., a loro volta fondate sulle numerose fonti del diritto, interne e internazionali, che legittimano e anzi rendono obbligatorio il soccorso in mare, è proprio nel momento in cui viene meno la certezza della conformità di tali attività così controverse alle norme che la giustificano, che si rende necessario un accuratissimo accertamento in sede giudiziaria.

1.2. LA LEGITTIMITÀ DELLA GIURISDIZIONE E DEL SEQUESTRO

Tale accertamento non può prescindere in primo luogo dalla fondatezza della giurisdizione italiana, che necessita un'adeguata motivazione visto che gli episodi contestati hanno avuto luogo in acque straniere o internazionali, e ancor di più perché la nave "Iuventa" porta bandiera olandese e ospita un equipaggio tedesco, a differenza delle navi dei trafficanti, che in genere non esibiscono alcuna bandiera e di conseguenza consentono, secondo l'art. 110 della Convenzione di Montego Bay, il diritto di visita da parte di qualsiasi autorità statale.

Tuttavia, anche nel caso di specie, la questione pare di agevole risoluzione: la giurisprudenza ha infatti da tempo cementato le fondamenta della giurisdizione italiana nei casi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che vedono coinvolte le ONG, grazie all'istituto dell'autoria mediata, già ampiamente trattata[342]; la vicenda in esame non fa quindi eccezione, e non appare determinante neppure il

[341] Cass. pen. sez. I, n. 14510/2014.
[342] V. supra, Cap. IV §§ 3.1.

rilievo che la giurisdizione sulla nave apparterrebbe esclusivamente allo Stato di bandiera, visto che la Convenzione UNCLOS prevede il principio dell'immunità assoluta dalla giurisdizione di Stati diversi da quelli di bandiera solo per le navi da guerra o comunque di proprietà o al servizio dello Stato.

Per le navi private, l'immunità è invece garantita solo *«in caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare, che implichi la responsabilità penale del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio»*[343], per cui nel caso di specie non vi è nessuna condizione ostativa rispetto all'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato italiano[344].

Questioni analoghe ma non identiche si pongono con riguardo alla disposizione del sequestro preventivo, espressamente richiamato all'art. 97 comma 3 della Convenzione di Montego Bay, che ne vieta la disposizione *«da nessuna Autorità che non sia lo Stato di bandiera»:* la Corte ha semplicemente superato l'ostacolo con l'affermazione che la nave "Iuventa", essendo privata, non sarebbe ricompresa tra le ipotesi di immunità previste all'art. 32 della Convenzione, riservate solo alle *«navi da guerra e delle altre navi di Stato in servizio non commerciale»*[345].

Tuttavia, la complessità del quadro normativo sembra richiedere una risposta più articolata, fondata sulla lettura combinata delle diverse fonti che disciplinano la materia in via speciale, appartenenti in primis alla menzionata Convenzione, ma anche al Protocollo ONU contro il traffico di persone[346] e al Decreto interministeriale del 14 luglio 2003, che regola le competenze e poteri delle forze italiane nella tutela dei confini e nel contrasto all'immigrazione clandestina.

Innanzitutto, il divieto sancito all'art. 97 non sembra essere assoluto: la norma infatti deve essere rivolta esclusivamente alle navi private, non coperte da immunità, altrimenti la questione non si potrebbe porre *ab origine*; inoltre è ragionevole sostenere

---

[343] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 97.

[344] Così R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in www.questionegiustizia.it, 2017, che opera un parallelismo con il noto caso dei Marò, in quanto neanche l'omicidio poteva essere ricompreso, secondo le autorità indiane, nella nozione di "incidente di navigazione", giustificando così la scelta di processare i due militari secondo l'ordinamento indiano e non italiano.

[345] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 32: *«con le eccezioni contenute nella sottosezione A e negli articoli 30 e 31, nessuna disposizione della presente Convenzione pregiudica le immunità delle navi da guerra e delle altre navi di Stato in servizio non commerciale»*.

[346] Decisione del Consiglio del 24 luglio 2006, (2006/616/CE), art. 8 comma 2.

che il divieto riguardi il solo sequestro in alto mare, data l'esistenza dell'art. 27, che, ai commi 2 e 5, disciplina in via specifica l'esercizio di misure coercitive nell'ambito di un indagine, consentendone la disposizione in ogni caso nelle acque interne, e nelle acque territoriali solo nei confronti *«di navi straniere che transitano nel mare territoriale dopo aver lasciato le acque interne»*.

Se la disciplina della Convenzione sembra quindi lasciare spazio di legittimità alla disposizione del sequestro nel caso della "Iuventa", in quanto avvenuto in acque interne, altrettanto non può dirsi per le altre due fonti menzionate, poiché tanto il Protocollo del 2006 quanto il Decreto interministeriale del 2003 subordinano l'adozione di misure coercitive contro navi straniere, nell'ambito di procedimenti in materia di traffico di migranti, alla previa autorizzazione dello Stato di bandiera, condizione che però non è stata in questo caso rispettata[347].

Pochi dubbi riguardano invece la legittimità del sequestro alla luce del diritto interno, e in particolare dell'art. 321 c.p.p.: la motonave, insieme a quanto presente a bordo, costituisce chiaramente il corpo del reato, in quanto *«utilizzata per la commissione del delitto rubricato (...) e strutturalmente funzionale alla reiterazione dell'attività criminosa de qua»;* inoltre sembra solida la sussistenza del *periculum in mora*, avvalorata dalla mancanza di prospettive di svolta nel modus operandi dell'ONG tedesca, ritenuto dalla Corte non solo illecito, perché favorevole per i trafficanti, ma anche altamente imprudente, in quanto foriero di una possibile escalation di tensioni con la Guardia costiera libica, che metterebbero a rischio la sicurezza dei migranti e dell'equipaggio stesso[348].

Infine, il sequestro della nave viene motivato anche sulla base della lettura combinata del secondo comma dell'art. 321 c.p.p., che permette al giudice di disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca, e dell'art. 12 comma 4 T.U. imm., che sancisce l'obbligatorietà della confisca del mezzo utilizzato nell'attività di

---

[347] In tal senso si veda F. V. PALEOLOGO, *Considerazioni a margine del caso Juventa e della criminalizzazione del soccorso umanitario in acque internazionali*, in www.a-dif.org, 08 ottobre 2017, secondo cui il mancato rispetto della previa autorizzazione inficia necessariamente la legittimità del sequestro. Opinione contraria assume invece R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in www.questionegiustizia.it, 18 settembre 2017; l'autore ritiene che l'assenza di autorizzazione possa essere eccepita solo dallo Stato di bandiera, e comunque *«non inficia la legittimità del sequestro, dal punto di vista del processo penale»*.

[348] Non sembra quindi che la disposizione del sequestro violi la condizione disposta dal comma 1 dell'art. 321 c.p.p., ossia il *«pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»*.

favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, sia nella forma semplice che in quella aggravata[349].

1.3. ELEMENTO SOGGETTIVO E APPLICABILITÀ DELLE SCRIMINANTI

Il decreto del GIP, lungi dal parificare la condotta criminosa dei trafficanti a quella dei soccorritori, sottolinea espressamente che *«gli appartenenti alla ONG tedesca non vanno in alcun modo considerati come affiliati ai gruppi criminali operanti in territorio libico, non condividendone né metodi, né finalità»* e tale visione è condivisa pacificamente anche dal Pubblico Ministero, in base a quanto scritto nella richiesta di sequestro[350]: tuttavia, la nobiltà del fine ricercato non può da sola costituire la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, o escludere totalmente ogni profilo di responsabilità penale.

Non vi è infatti alcuna ombra di dubbio sulla completa consapevolezza e volontà, da parte dell'equipaggio della "Iuventa", di aver messo in atto delle condotte volte a favorire l'ingresso illegale dei migranti nel territorio nazionale in violazione delle norme del T.U. imm., e ancora meno sul contributo apportato al proposito criminoso dei trafficanti[351], ovviamente rafforzato dalla consapevolezza della propria impunità, grazie al minor rischio corso a causa del recupero facilitato dei mezzi utilizzati e delle attività di intralcio messe in atto dalla ONG durante lo svolgersi delle indagini.

Come di consueto, anche qui la punibilità in concreto del soccorritore finisce col dipendere dalla sussistenza o meno di una causa di giustificazione, anche se, a

[349] Viene però fatto salvo il diritto, di cui al comma 8 dello stesso art. 12, (tramite richiamo all'art. 100, commi 2 e 3, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309) del terzo estraneo di ottenere la restituzione del mezzo, qualora dimostri di essersi in qualche modo attivato per impedire l'uso illegittimo del mezzo stesso, di non aver potuto prevedere nell'illecito impiego di non essere incorso in difetto di vigilanza. In tal senso, si veda Cass. sez. I sent. n. 5263 del 25/09/2000.

[350] Il PM ritiene infatti evidente la carenza del requisito della *« "affectio societatis", cioè della volontà di fare parte di un'associazione criminale condividendone gli scopi e il programma criminoso».* Al contrario questi ritiene che i fini dei due soggetti siano diametralmente opposti, essendo uno finalizzato a massimizzare il lucro tramite lo sfruttamento dei soggetti vulnerabili, e l'altro mosso esclusivamente da fini umanitari.

[351] Si ricorda, *ex plurimis*, Cass. sez. I n. 28819 del 22/05/2014, secondo cui «*il delitto di cui all'art.12 D.lgs. 25 Luglio 1998, n. 286, per la sua natura di reato di pericolo si perfeziona per il solo fatto che la gente pone in essere, con la sua condotta, la condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato, indipendentemente dal verificarsi dell'evento*».

differenza della maggioranza dei casi studiati, l'analisi operata dal GIP si concentra solo sull'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p. (piuttosto che sullo stato di necessità ex art. 54 c.p.), e in particolare sulla rigidità richiesta dall'applicazione di questo principio, che comporta *«l'elisione della rilevanza penalistica di una condotta oggettivamente antigiuridica».*

Vista l'entità di tale conseguenza, il ragionamento del GIP limita la sua portata alle condotte strettamente connesse alla *«necessità improcrastinabile di adempiere al dovere»:* nel caso di specie, queste sono costituite esclusivamente da quelle orientate alla neutralizzazione del pericolo in mare, mentre le restanti attività descritte non possono essere in alcun modo scriminate, in quanto volte al far entrare il maggior numero di migranti possibili nel territorio nazionale anche al costo di agevolare l'attività criminosa dei trafficanti, e quindi chiaramente *«frutto di una scelta arbitraria ed antigiuridica in quanto fondata su presupposti materiali e motivazionali diversi dalla predetta esigenza di tutela»*[352].

2. La linea difensiva della Jugend Rettet

I rappresentanti dell'ONG, a seguito dell'emanazione del sequestro preventivo, hanno deciso di presentare un ricorso presso il Tribunale del riesame di Trapani, al fine di ottenerne l'annullamento; davanti al rigetto del ricorso, ne hanno presentato un altro presso la Corte di Cassazione, lamentando l'illegittimità dell'esercizio della giurisdizione italiana e del conseguente sequestro, ma anche quest'ultimo è stato di recente rigettato in toto, confermando quindi in via definitiva il sequestro della nave "Iuventa".

Tra le numerose argomentazioni, tanto di natura sostanziale quanto processuale, presentate dai ricorrenti, ci si soffermerà in questa sede solo su quelle che sono strettamente inerenti con la materia in esame: in particolare, i rilievi di illegittimità in tema di giurisdizione sollevati dalla difesa, e la conseguente decisione da parte della Suprema Corte, sono di massima importanza.

[352] Il giudice riconosce esplicitamente *«l'obiettiva rispondenza del movente delle condotte poste in essere dall'equipaggio della IUVENTA a valori etici o sociali condivisi e riconosciuti come preminenti della coscienza collettiva»*, ma ad essa ricollega esclusivamente il valore di circostanza attenuante di cui all'articolo 62 n.1 c.p., ossia "l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale".

Prima di addentrarci in tale ambito, sembra opportuno operare prima una coincisa rassegna dei principali motivi di ricorso:

a) In primis è stata contestata la ricostruzione fatta dagli inquirenti, che, a detta dei portavoce della ONG tedesca, è stata orientata a costruire dei profili di responsabilità penale partendo da elementi quantomeno indiziari. Tra di esse l'innalzamento della bandiera libica, non attività sospetta ma semplice esercizio di una nota prassi del mare quando si naviga in acque territoriali di un altro Paese; il "rifiuto" di bruciare le imbarcazioni dei trafficanti, attribuito ad una chiara volontà di agevolazione dei criminali anziché alla scelta di dare priorità ad ulteriori eventi SAR[353], o ancora i segni di saluto che secondo gli inquirenti sarebbero stati rivolti agli scafisti e non ai migranti stessi, come sostenuto dai ricorrenti, sono frutto di una ricostruzione altamente discutibile da parte degli inquirenti. Gli stessi elementi audiovisivi, analizzati dalla "*Forensic Architecture agency*" dell'Università di Londra, agenzia forense specializzata nello studio ricostruttivo di scenari particolarmente controversi, compresi quelli in alto mare legati al tema dei migranti, hanno infatti prodotto una versione totalmente opposta, che sarà sicuramente sottoposta al vaglio dell'esame dibattimentale.

b) Anche l'inusuale scelta, da parte del GIP di Trapani, di non soffermarsi sull'applicabilità della scriminante ex art. 54 c.p., o della "scriminante umanitaria" ex art. 12 comma 2 T.U. imm, è stata fortemente criticata. In particolare, i ricorrenti hanno ritenuto chiaramente fondata la sussistenza dello stato di necessità nei casi contestati, partendo dalla scarsissima galleggiabilità dei barconi, pure in condizioni di mare calmo, che avrebbe giustificato non solo la scelta di svolgere le attività di soccorso direttamente nelle acque libiche, come prassi di numerose ONG[354], ma anche di non

[353] Discorso analogo viene fatto anche per la presunta "restituzione" dei barconi indirizzati verso le coste libiche, impresa ritenuta manifestamente impossibile secondo i ricorrenti a causa della disparità di dimensioni tra questi e il piccolo gommone della nave, dotato peraltro di un motore insufficiente, e motivata invece sulla necessità di sgombrare la rotta per motivi di sicurezza.

[354] È dato assodato che la scelta di continuare a pattugliare la zona della SAR libica, dopo il ritiro delle forze europee dovuto ai nuovi parametri stabiliti dall'operazione *"Triton",* non appartiene solo alla "Jugend Rettet", ma anzi è stata condivisa da quasi tutte le ONG che già operavano nell'area, e proprio

attendere l'arrivo della Guardia Costiera libica e di non compiere le attività di sabotaggio auspicate dagli inquirenti, ma che di fatto non sono legalmente di loro competenza. Allo stesso tempo, pure la causa di giustificazione specificatamente prevista dal T.U. imm. sarebbe perfettamente applicabile, con la considerazione che, una volta decisa l'estensione della giurisdizione italiana in alto mare, sarebbe irragionevole negare la stessa portata all'art. 12 comma 2 solo per ragioni di territorialità[355]. Inoltre, viene fatta notare la piena conformità della condotta tenuta dall'equipaggio della "Iuventa" rispetto al diritto europeo, incarnato nel Regolamento (UE) n. 656/2014, che ribadisce anche per le operazioni Frontex *«l'assoluta preminenza dei doveri di soccorso nel rispetto delle Convenzioni internazionali»*[356].

c) Infine, diverse critiche sono mosse alla legittimità del sequestro preventivo in relazione all'art. 321 cp.p. e all'art.12 comma 8 T.U. imm., sulla base che la nave "Iuventa", essendo di proprietà di un terzo estraneo rispetto ai fatti contestati dalla Procura di Trapani, ossia la fondazione tedesca "Stichting Jugend Rettet NL", deve essere restituita nel momento in cui venga provata la buona fede del terzo. Il decreto è stato motivato secondo il principio generale della responsabilità dell'armatore proprietario della nave che, secondo i ricorrenti, *«poteva valere per altri rami dell'ordinamento, non per quello penale»*, soprattutto perché associato a dei parametri eccessivamente rigorosi con riguardo alla prevedibilità e inevitabilità del fatto in capo al terzo proprietario, il cui incolpevole affidamento, assolutamente giustificato visto che la nave lavorava in stretto

---

tale differenza di priorità ha portato alle feroci critiche contenute nel noto rapporto FRONTEX. Per un ulteriore approfondimento, v. supra Cap. I §§ 5.

[355] L'art. 12 comma 2 limita la propria applicabilità agli «*stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»*, per cui è oggetto di grande dibattito la possibilità di estenderla anche alle operazioni di soccorso svolte dalle ONG in alto mare. Per un approfondimento, *v. supra*, Cap. IV §§ 5.

[356] F. V. PALEOLOGO, *Considerazioni a margine del caso Juventa e della criminalizzazione del soccorso umanitario in acque internazionali*, in www.a-dif.org, 8 ottobre 2017, il quale argomenta che proprio tale cambio di standard sarebbe alla base della sentenza della CGE del 5 settembre 2012 (causa C-355/10), che ha portato alla cessazione della previgente disciplina tramite l'annullamento della decisione 2010/252/UE.

coordinamento con le autorità statuali e internazionali, inibisce la persistenza del vincolo cautelare reale impostogli[357].

Come anticipato, gli ulteriori (e principali) profili di illegittimità del decreto di sequestro emanato dal GIP di Trapani, poi confermato dal Tribunale del riesame, riguardano l'eccesso di giurisdizione da parte dell'autorità giudiziaria italiana: il ricorso presentato davanti alla Corte di Cassazione presenta due motivi specifici sul tema, che sono stati però ritenuti infondati dalla Suprema Corte.

In primis, i ricorrenti hanno eccepito il difetto di giurisdizione sulla base che l'interpretazione data all'art. 97 della Convenzione di Montego Bay sarebbe stata eccessivamente restrittiva, in quanto riferita solamente agli incidenti di navigazione in senso stretto[358], soprattutto se messa in relazione all'ultimo comma dello stesso articolo[359], che funge da norma di chiusura e conferma l'inderogabilità del principio generale di giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera sulle navi in alto mare, secondo l'art. 92 della stessa Convenzione[360].

A seguire, il ragionamento operato dal Tribunale di Trapani viola il principio di gerarchia delle fonti, in quanto l'art. 6 c.p., norma appartenente al diritto interno italiano, non può integrare uno dei "casi eccezionali" menzionati dall'art. 92 della Convenzione UNCLOS per giustificare una deroga alla giurisdizione dello Stato di bandiera.

---

[357] La buona fede dell'armatore, la ONG Jugend Rettet, secondo la memoria aggiuntiva presentata dalla difesa della parte ricorrente il 26 marzo 2018, è resa ancor più evidente dalla finalità umanitaria che ha determinato *ab origine* la scelta di mettere in mare la nave "Iuventa", finalità che lo stesso GIP di Trapani ha ritenuto in prima istanza *«diametralmente opposta»* all'intento criminoso dei trafficanti.

[358] L'art. 97 richiama espressamente qualunque *«incidente di navigazione nell'alto mare, che implichi la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio»*, ed è stato osservato che il termine "incidente" debba essere inteso nel senso più ampio attribuitogli dalla lingua inglese, che include *«qualunque evento che possa comportare una responsabilità penale»*, compresa quindi l'ipotesi di reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. In tal senso si veda F. V. PALEOLOGO, *Considerazioni a margine del caso Juventa e della criminalizzazione del soccorso umanitario in acque internazionali*, in www.a-dif.org, 08 ottobre 2017.

[359] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 97 ult. comma: *«Il fermo o il sequestro della nave, anche se adottati come misure cautelari nel corso dell'istruttoria, non possono essere disposti da nessuna Autorità che non sia lo Stato di bandiera»*. Inoltre, si ricorda che l'inderogabile necessità dell'autorizzazione da parte dello Stato di bandiera è confermata tanto dall'art. 8 comma 2 del Protocollo ONU contro il traffico di persone del 2006, quanto dall'art. 12 comma 9-quinquies del d.l. n. 298 del 1998.

[360] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 92: *«Le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva»*.

Il secondo motivo di ricorso, sempre in tema di giurisdizione, riguarda invece l'erronea applicazione dell'art. 27 della Convenzione UNCLOS, usata dal GIP come criterio aggiuntivo di giurisdizione italiana, senza però prendere in considerazione che i fatti oggetto di imputazione provvisoria non sarebbero stati commessi comunque a bordo della Iuventa durante il passaggio della stessa nel mare territoriale, né la nave aveva mai fatto scalo in un porto italiano a seguito degli episodi contestati, avendo sempre e solo operato in acque internazionali fino al ricevimento dell'esplicito ordine da parte dell'IMRCC di Roma di approdare al porto di Lampedusa, dove infatti è avvenuto poi il sequestro.

La mancanza di potere decisionale della ONG rispetto alle disposizioni dell'IMRCC nell'ambito di un evento SAR, in conformità con quanto previsto dal diritto internazionale, non è stata utilizzata solo per contestare la legittimità del sequestro ma anche in primis della giurisdizione: i ricorrenti hanno osservato che la condotta dell'equipaggio della "Iuventa" è terminata nel momento del trasbordo dei passeggeri alle altre navi (private o della Guardia costiera) preposte al completamento del viaggio, e che quindi la decisione di effettuare lo sbarco in Italia, punto in cui si perfeziona la "concatenazione causale ininterrotta", in realtà si spezza con la decisione presa in via esclusiva dall'IMRCC e dal Ministero dell'Interno.

3. *La pronuncia della Cassazione: conferma del sequestro*

Come anticipato, la Prima sezione della Suprema Corte ha rigettato, al pari del Tribunale del riesame, il ricorso presentato dalla ONG tedesca. Alla luce delle argomentazioni presentate in entrambi i provvedimenti, in realtà sorprende poco la convergenza di opinioni tra i Collegi di merito e di legittimità, essendo entrambe basate sulla giurisprudenza assolutamente prevalente che, rifiutando l'idea di frazionare la fattispecie in esame in una serie di condotte indipendenti, sceglie invece di considerarla come un insieme di segmenti tutti finalizzati all'ingresso illegale dello straniero[361].

[361] Oltre alla pronuncia in esame, Cass. pen. sez. I, n. 56138/2018, si ricorda, per tutte, Cass. pen. sez. I, n. 14510/2014, in cui si legge che *«la condotta dei trafficanti non può essere frazionato, ma deve essere valutata unitariamente»*.

In conformità con tale principio, a nulla rileva, tanto per il Tribunale quanto per la Cassazione, il fatto che la condotta svolta in prima persona dall'equipaggio della "Iuventa" si sia esaurita nelle acque internazionali, in quanto l'attività di soccorso, il trasbordo su altre navi e infine lo sbarco in Italia, seppur di per sé lecite e anzi doverose alla luce del diritto sia interno che internazionale, costituiscono la conseguenza necessitata dell'azione illecita messa in atto *ab origine* dai trafficanti, di cui infatti questi ultimi rispondono di norma in via esclusiva.

Se è vero che il ragionamento appena descritto, fondato sull'istituto dell'autoria mediata[362], è stato abbracciato dalla giurisprudenza italiana grazie al vantaggio di poter perseguire i trafficanti pur scriminando le attività di soccorso delle ONG, annullando gli ostacoli derivanti dal regime delle acque internazionali, nulla impedisce di applicarlo anche ai casi di eventuali illeciti commessi nelle stesse acque direttamente da parte delle organizzazioni umanitarie, come prospettato nel caso in esame.

L'interruzione della concatenazione causale, cagionata, secondo i ricorrenti, dal trasferimento del potere decisionale alle autorità italiane ad esso preposte, è errato in quanto non considera che pure le azioni svolte da queste ultime sono necessitate in base alle già citate convenzioni internazionali di cui il nostro Stato è parte, cosicché *«l'ultimo tratto del viaggio, pur se riferibile all'operazione di soccorso, risulta costituire un fatto artatamente cagionato dagli autori del reato attraverso la determinazione di condizioni di grave pericolo per i soggetti trasportati, con l'effetto che quella condotta posta in essere in acque extraterritoriali si salda con quella da consumarsi e poi consumatasi in acque territoriali e in acque interne»*, e ciò rimane valido a prescindere dalla circostanza che il trasporto avvenga per mezzo di navi con o senza bandiera[363].

[362] Art. 54 comma 3 c.p.: *«La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo»*. L'applicazione di questa norma nei casi di favoreggiamento che riguardano le ONG è sicuramente dominante, ma non pacifica; per un approfondimento sul dibattito in materia *v. supra*, Cap. IV §§ 3.1.

[363] La sentenza richiama tra i casi che riguardavano navi senza bandiera, fra le altre, Cass. pen. sez. I, n. 11165/2015 (Almagasbi) e Cass. pen. sez. I, n. 18354/2014 (Hamada). Allo stesso tempo aggiunge che *«medesime conclusioni si sono peraltro raggiunte, attraverso il ragionamento svolto nei sensi che precedono, per affermare la sussistenza della giurisdizione nazionale in ipotesi di reato similare compiuto muovendo da nave battente determinata bandiera»*, citando il caso di una nave battente bandiera dell'Egitto, anch'esso Stato aderente alla Convenzione di Montego Bay (Cass. pen. sez. I, n. 9816/2013, Ahmed).

Nonostante il rilevo appena svolto sia di per sé sufficiente, secondo il pensiero della Suprema Corte, a dissipare ogni dubbio sull'esistenza della giurisdizione italiana, questa si prefigge di confutare l'interpretazione data dai ricorrenti alle fonti sovranazionali sopracitate.

In primis, la sentenza non accoglie la tesi difensiva che estende l'ambito di applicazione dell'art. 97 della Convenzione di Montego Bay fino ad includere, nella nozione di "incidenti di navigazione", anche il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina[364], con la conseguenza che alla nave "Iuventa", essendo privata, non può essere garantita l'immunità giurisdizionale descritta nell'articolo; allo stesso tempo non appare pertinente il richiamo all'art. 27 che, pur stabilendo il principio generale di immunità penale della nave straniera in transito nelle acque territoriali di un altro Paese, prevede diverse eccezioni, inclusi i casi in cui *«a) le conseguenze del reato si estendono allo Stato costiero; b) il reato è di natura tale da disturbare la pace del paese o il buon ordine nel mare territoriale»,* ed è innegabile che il reato in esame rientri nei parametri appena esposti.

Con riguardo agli ulteriori motivi di ricorso, la Suprema Corte si sofferma ampiamente sulla specifica giurisdizione cautelare italiana, resa illegittima nel caso di specie, secondo i ricorrenti, sia a causa del divieto esplicito posto dall'art. 97 comma 3 della Convenzione UNCLOS, sia dalla mancata richiesta di autorizzazione di cui all'art. 8 comma 2 del protocollo ONU del 2006 e art. 7 del Decreto interministeriale del 14 luglio 2003.

Partendo dalla premessa che il sequestro preventivo della nave "Iuventa" è avvenuto in acque interne, la Prima Sezione ritiene che sia da escludere la pertinenza della prima norma citata, valida solo per la zona dell'alto mare, mentre vada applicata la disciplina specifica dell'art. 27 comma 5 della Convenzione, che non impone un divieto assoluto ma anzi prescrive delle precise modalità a cui l'Italia, nel caso in esame, ha perfettamente adempiuto; viene invece rimandato in sede dibattimentale il secondo rilievo, con la considerazione che la mancata richiesta di autorizzazione, a prescindere dall'eventualità che questa possa essere eccepita direttamente dal terzo

[364] La Suprema Corte riconosce l'immunità giurisdizionale garantita alle navi private straniere in caso di abbordo in alto mare ex art. 97 della Convenzione, ma, sebbene l'atto di impugnazione dei ricorrenti avesse fatto riferimento alla qualificazione delle condotte ascritte agli ignoti concorrenti nel reato facenti parte dell'equipaggio della Iuventa come abbordo, tale rilievo era già stato rigettato dai giudici del riesame con argomentazioni di fatto, incensurabili in sede di legittimità.

attinto dalla cautela oppure solo dallo Stato di bandiera, con conseguente irrilevanza sul piano della legittimità del sequestro, risulta *«senza conseguenze, nelle more, sull'efficacia della cautela reale in sede processuale penale»*.

B) Il caso "DICIOTTI": l'intervento dell'autorità giudiziaria nel conflitto tra sovranità statale e Stato di diritto

Tra tutti i procedimenti giudiziari che negli ultimi anni hanno testimoniato il graduale irrigidimento della gestione dell'immigrazione nel nostro Paese, il caso "Diciotti", dal nome della nave della Marina italiana coinvolta, costituisce un *unicum* particolarmente interessante non solo perché si radica nella controversa zona di diritto al limite tra autorità politica e giudiziaria, ma anche perché rappresenta un perfetto esempio di conflitto tra sovranità statale e Stato di diritto, in cui si mette alla prova l'effettivo potere vincolante del considerevole novero di norme internazionali, europee e interne che sono state raccolte e analizzate nei capitoli precedenti di questa trattazione.

In questo capitolo si sottopone ad esame l'autorizzazione a procedere nei confronti del Min. dell'Interno Matteo Salvini, presentata al Senato il 22 gennaio 2019 dal Tribunale dei Ministri di Catania ai sensi dell'art. 96 Cost.[365] e dell'art. 8 comma 1 della L. cost. 1/1989[366].

Sebbene questa non sia stata concessa dal Senato, in quanto, ai sensi dell'art. 9 comma 3 della medesima legge, è stato ritenuto che «*l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo»,* non perdono importanza gli elementi di diritto sollevati dalla Corte, nei quali si può rinvenire la "resistenza" dell'autorità giudiziaria a tollerare qualsiasi

[365] Art. 96 Cost: *«Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale»*.

[366] L. cost. 1/1989 art. 8 comma 1: *«Il collegio di cui all'articolo 7, entro il termine di novanta giorni dal ricevimento degli atti, compiute indagini preliminari e sentito il pubblico ministero, se non ritiene che si debba disporre l'archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al Presidente della Camera competente ai sensi dell'articolo 5»*.

esercizio di potere dell'autorità politica che cerchi di forzare o eludere il quadro normativo vigente[367].

1. L'ipotesi di reato ministeriale: elementi di fatto e diritto

1.1. CRONOLOGIA DEGLI EVENTI

La vicenda ha inizio in data 16 Agosto 2018, quando l'IMRCC di Roma, preso atto di una richiesta di soccorso ricevuta da parte di un gommone carico di migranti in procinto di affondare in acque appartenenti alla zona SAR maltese, e della volontà del rispettivo governo di disconoscere la situazione di emergenza[368], ha deciso di inviare delle motovedette nella zona, in conformità con quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo (SAR) del 1979, e ha inoltrato una richiesta preliminare di individuazione del "porto sicuro" (*c.d. Place of Safety*, o POS), all'organo competente presso il Ministero dell'Interno, ossia il Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione (da questo momento D.L.C.I.).

Dopo il successo dell'operazione di salvataggio, i migranti recuperati sono stati trasbordati sulla motonave "U. Diciotti", rimasta nelle acque antistanti l'isola di Lampedusa fino al 19 agosto, quando la controversia tra l'Italia e Malta si conclude e il Comando Generale delle Capitanerie di Porto le ordina di dirigersi prima a Pozzallo e infine di attraccare al porto di Catania il 20 agosto, ma, in maniera del tutto insolita,

---

[367] Sul punto si riporta l'opinione (invero particolarmente critica) di S. ZIRULIA- F. CANCELLARO, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019. Secondo gli autori, il caso rivela *«forte tensione tra la rivendicazione politica della necessità di "difendere le frontiere" attraverso misure coercitive, e la necessità che queste ultime si mantengano all'interno dei binari dello Stato di diritto, onde non sconfinare nell'arbitrarietà e nella sovversione dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale e sovranazionale»*

[368] Si ricorda che Malta, a differenza dell'Italia, pur avendo aderito alla Convenzione SAR del 1979, non ha firmato gli emendamenti del 2014 (*v. infra*), per cui non è raro che il centro di coordinamento de La Valletta ignori o declini delle richieste di soccorso, complice anche la scelta di dichiarare una zona SAR 750 volte più ampia del proprio territorio nazionale, che le ridotte forze navali non riescono a pattugliare efficacemente. La sovrapposizione parziale delle aree SAR di Italia e Malta, unita alla nota preferenza dei migranti ad attraccare in Italia a causa delle migliori prospettive di vita, ha portato spesso l'intervento italiano in aree maltesi. Per un approfondimento si veda F. CAFFIO - U. LEANZA, *Il SAR mediterraneo - La ricerca e soccorso nel diritto marittimo: l'applicazione della Convenzione di Amburgo del 1979*, in www.fondazionemichelagnoli.it, giungo 2015, secondo cui *«Qualora invece tale richiesta venga avanzata alle autorità italiane all'interno della SAR di un altro Paese (per esempio Malta o Tunisia) si applicano i principi della Convenzione di Amburgo secondo i quali scatta l'obbligo di cooperazione che può portare o all'intervento dello Stato responsabile della SAR o, nel caso questo non ne abbia le capacità, all'azione dei mezzi coordinati dalle autorità italiane».*

non concede lo sbarco dei passeggeri, in quanto viene imposto al Comandante di "non calare la passerella e lo scalandrone".

La situazione di stallo si è protratta fino al 25 agosto, quando, dopo gli sbarchi dei soggetti minorenni e di quelli bisognosi di accertamenti clinici urgenti[369] nei giorni precedenti, l'invio di una terza richiesta di POS al D.L.C.I. ottiene finalmente l'autorizzazione allo sbarco da parte del Ministero dell'Interno di tutti i migranti, i quali vengono prontamente trasferiti a Messina per le procedure standard di riconoscimento e identificazione.

Alla luce della ricostruzione dei fatti appena riportata, il Tribunale dei Ministri di Catania ha ravvisato gli estremi del reato ex art. 605 1° comma, 2°comma n. 2, e 3° comma c.p., ossia sequestro di persona aggravato dalla qualifica di pubblico ufficiale, dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni esercitate, nonché per aver commesso il fatto anche in danno di soggetti minori di età.

L'imputazione *de qua* rappresenta il termine di un complesso excursus processuale: questo ha avuto inizio presso il Tribunale dei Ministri di Palermo, che però ha dovuto dichiarare la propria incompetenza territoriale e rimettere gli atti alla Procura di Catania, non ritenendo sussistere fatti penalmente rilevanti nella condotta tenuta dal Min. Salvini prima del 20 agosto, data dell'attracco a Catania; di simile avviso è stato anche il Tribunale dei Ministri di Catania che però ha ritenuto invece perfettamente integrata la fattispecie menzionata con riguardo ai fatti ricompresi tra l'attracco nel porto e lo sbarco definitivo dei migranti, cioè dal 20 al 25 agosto. nonostante la reiterata richiesta di *«di disporre l'archiviazione del procedimento iscritto nei confronti del Ministro dell'Interno Matteo Salvini per infondatezza del reato»* da parte del Procuratore della Repubblica di Catania[370].

[369] I passeggeri minori non accompagnati erano stati fatti sbarcare dal Ministero dell'Interno già in data 22 agosto, dopo l'esplicita richiesta avanzata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minori di Catania; i soggetti in gravi condizioni di salute invece erano scesi a terra lo stesso 25 agosto, in seguito all'attivazione del protocollo "MEDEVAC" (Evacuazione Medica) direttamente da parte del Comandante della "U. Diciotti".

[370] La richiesta di archiviazione, ripresentata nuovamente dopo lo svolgimento di ulteriori attività di indagine su iniziativa del Tribunale, è stata avanzata dal Procuratore Carmelo Zuccaro, già menzionato (*v. supra*, Cap. I §§ 5.2. e Cap. IV §§ 5.) per la sua posizione dichiaratamente anti-ONG, fondata sull'esistenza (poi mai provata) di presunti accordi criminali tra queste e i trafficanti.

1.2. SINTESI DEL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Affinché si possa affermare una responsabilità penale in capo al Min. dell'Interno a causa di un atto compiuto nell'esercizio delle sue funzioni, non si può prescindere dall'esaminare in primis la legittimità o meno dell'atto stesso, ergo della direttiva emanata dal Min. Salvini al D.L.C.I. al fine di impedire la dovuta individuazione del POS e la conseguente autorizzazione allo sbarco; ciò rende necessaria una previa analisi della normativa in materia.

È sufficiente ricordare che la Convenzione di Montego Bay del 1982, la Convenzione "SOLAS" del 1974 e la Convenzione "SAR" del 1979 sanciscono il principio dell'obbligatorietà del soccorso in mare, tanto per i singoli soggetti quanto per gli stessi Stati aderenti, i quali devono predisporre dei meccanismi di gestione delle emergenze in mare in grado di bilanciare le esigenze di tutela dei confini con quella dei diritti umani dei migranti.

Al fine di risolvere eventuali conflitti sullo Stato responsabile de soccorso, gli Stati membri dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO) hanno adottato nel 2004 degli emendamenti alle ultime due Convenzioni, con l'intento di rendere più chiara e celere la procedura finalizzata alla definizione del POS[371], anche grazie alla creazione dei vari Centri nazionali di coordinamento del soccorso in mare (MRCC) e di specifici piani operativi volti a disciplinare la collaborazione di tutte le amministrazioni interessate.

In Italia, il suddetto piano operativo è stato attuato tramite l'adozione di determinate Procedure Operative Standard di cui alla direttiva SOP 009/15[372]; la sua redazione, frutto della cooperazione di tutti gli enti interessati a vario titolo nell'individuazione del POS, rappresenta il novero di regole definitivo a cui tutti i

[371] Tra le innovazioni più importanti, si ricorda la Risoluzione MSC 167-78 (Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare), adottata dal medesimo Comitato Marittimo per la Sicurezza in via contestuale agli emendamenti predetti, che ridefinisce il concetto di POS come *«un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e 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»* Per una lettura approfondita sull'effettivo rispetto degli obblighi internazionali in materia di "*Place of Safety",* si veda F. V. PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in www.questionegiustizia.it, 2018.

[372] "Procedure sperimentali per l'individuazione del POS – Place of Safety, nell'ambito di operazioni SAR connesse all'emergenza flussi migratori via mare, coordinate da MRCC Roma ed effettuate con il concorso di unità navali private o di altre amministrazioni, italiane o straniere".

partecipanti al procedimento devono attenersi, in conformità con i principi internazionali anzidetti, compreso quello della massima celerità nella definizione del porto sicuro, *«avendo cura di limitare per quanto possibile la permanenza a bordo delle persone soccorse e di far subire alle navi soccorritrici la minima deviazione possibile dal viaggio programmato»*[373].

Sembra quindi già evidente che, una volta accertata la legittimità della procedura standard fino al momento del veto da parte del Ministro, la scelta di paralizzare la richiesta del POS, e quindi lo sbarco, si porrebbe in contrasto con la normativa nazionale e con i principi internazionali; ovviamente anche tale rilevo è di per sé insufficiente a far ricadere una responsabilità penale sullo stesso, ma impone al giudice di svolgere una ricerca approfondita sia sugli effetti lesivi della sua condotta con riguardo alla sfera giuridica dei migranti a bordo, sia sulle ragioni che lo hanno spinto ad emettere un atto *contra legem*, la cui legittimità potrebbe escludere la presenza dell'elemento soggettivo.

2. Applicabilità del sequestro di persona alla direttiva ministeriale

2.1. L'ELEMENTO OGGETTIVO: LA PRIVAZIONE DI LIBERTÀ

Il sequestro di persona, disciplinato dall'art. 605 c.p., è un reato di condotta che prevede come unico elemento costitutivo della fattispecie la privazione della libertà personale di un altro soggetto: la giurisprudenza unanime ritiene che sia però necessaria una costrizione giuridicamente apprezzabile[374], e tale condizione non può che essere desunta dalla effettiva situazione concreta in cui versa il sequestrato.

Nel caso di specie, non vi è dubbio che la condizioni psico-fisiche dei migranti a bordo della nave "U. Diciotti" fossero allarmanti, come dimostrato dall'attivazione del protocollo "MEDEVAC" da parte del comandante della nave e dall'intervento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale[375], così come è certo che il Min. dell'Interno ne fosse perfettamente a conoscenza,

[373] SOP 009/15, capitolo 1.3.2.
[374] Cass. pen. sez. III, n. 15443/2014.
[375] In data 22 agosto, il Garante aveva presentato un esposto in cui equiparava la situazione dei migranti a quella dei detenuti, chiedendo dunque l'estensione delle garanzie riservate a questi ultimi.

secondo quanto testimoniato da alcuni esponenti della catena di comando a lui ricollegata[376].

Tuttavia, perché lo stato di cose appena descritto possa essere addebitato effettivamente al rifiuto di indicare un POS da parte del Min. Salvini, o meglio alle indicazioni impartite tramite la direttiva inviata da quest'ultimo al Dipartimento deputato a farlo, è imperativo verificare che la direttiva fosse un atto arbitrario e contrario alla legge, accertando la sussistenza di un obbligo giuridico in capo al Ministro di autorizzare il legittimo prosieguo della procedura standard.

Poiché l'indicazione del POS da parte del D.L.C.I. richiede come presupposto imprescindibile la previa richiesta dagli uffici dell'IMRCC di Roma, è necessario stabilire se almeno una delle tre richieste (rispettivamente in data 15, 17 e 24 agosto) possa essere definita "tipica".

La prima richiesta, effettuata in via preliminare quando ancora il barcone si trovava in area SAR maltese e le unità navali italiane non erano state ancora inviate, deve essere considerata atipica; le Linee Guida dell'IMO[377] prevedono espressamente che l'indicazione del POS debba seguire al completamento dell'operazione di soccorso, per cui non può essere rilevato in capo al D.L.C.I. nessun obbligo giuridico di dare risposta alla richiesta preventiva.

Discorso a parte va fatto invece per la richiesta del 24 Agosto che, per quanto possedesse tutti i requisiti di tipicità, *«non può affatto ritenersi la prima vera richiesta di indicazione di un luogo sicuro per lo sbarco»*, come indicato dal fatto che la nave fosse nella disponibilità delle autorità italiane già da diversi giorni, oltre che dal tenore letterale della richiesta, formulata esplicitamente "facendo seguito alle reiterate richieste" già avanzate in precedenza.

Sulla base di questi presupposti, la Corte ha ritenuto che la richiesta da cui far discendere un obbligo giuridico di risposta in capo al D.L.C.I. fosse quella del 17 agosto, in cui viene specificata la necessità di trovare un POS sul territorio italiano,

[376] Sul punto, particolarmente precisa appare la ricostruzione operata dall'Ammiraglio Liardo responsabile del centro MCRR di Roma, sentito dai giudici a sommarie informazioni il 25 agosto, che ha sottolineato la presenza di sospetti casi di TBC e storie di violenza sessuale da parte di undici delle donne a bordo.

[377] Risoluzione MSC 167-78, para 2.5: *«The responsibility to provide a place of safety, or to ensure that a place of safety is provided, falls on the Government responsible for the SAR region in which the survivors were recovered»*.

vista l'impossibilità di trattenere ulteriormente i migranti sulla nave col rischio di un eventuale ulteriore diniego dal RCC di Malta[378].

La formalità della richiesta, a differenza di quella del 15 agosto, è stata infatti confermata da diversi protagonisti della vicenda, quando sentiti dai giudici a sommarie informazioni; tra le testimonianze, particolarmente illuminante quelle del Capo e del Vicario del D.L.C.I., che hanno identificato la ragione del ritardo proprio nella paralisi di sistema causata dalla riluttanza esclusiva del Min. dell'Interno a comunicare il POS e quindi di fatto autorizzare lo sbarco[379], non menzionando invece alcun tipo di vizio o mancanza di requisito di legge della richiesta in sé.

Tuttavia, il valore di queste dichiarazioni, sebbene rilasciate da soggetti autorevoli e di grande competenza tecnica, non può essere l'unico elemento su cui fondare la tipicità della richiesta, soprattutto a causa di alcune divergenze sorte nelle versioni offerte dai soggetti sentiti[380] durante le indagini; per questo motivo si è resa necessaria un'opera di ricostruzione della normativa da parte della Corte, in modo da decidere sulla conformità o meno della richiesta del 17 agosto.

In primis, la circostanza che il barcone si trovasse in acque SAR maltesi non pregiudica in maniera insindacabile la responsabilità dell'Italia ad effettuare il soccorso e la conseguente ricerca del POS[381], dato che la Convenzione di Amburgo prevede espressamente che *«sarà l'autorità nazionale che ha avuto il primo contatto con la persona in pericolo in mare a coordinare le operazioni di salvataggio, tanto nel caso in cui l'autorità competente SAR dia risposta negativa alla possibilità di intervenire in tempi utili, quanto in assenza di ogni riscontro da parte di*

[378] Il testo recita: *«questo MRCC ha inviato nella serata odierna un'ulteriore richiesta POS alle autorità maltesi; nondimeno si prega voler considerare di assegnare un POS su territorio nazionale, atteso che i migranti sono presenti a bordo dell'unità italiana da più di 36 ore e lo sbarco deve avvenire senza ritardo, non potendosi pertanto attendere oltre nel caso di un nuovo diniego da parte del RCC di La Valletta»*

[379] Il Capo del D.L.C.I. (Prefetto Pantalone) ha dichiarato che *«il 17 agosto, intorno alle 22.30, MRCC ha avanzato formale richiesta di POS (...) il Ministro dell'Interno non ancora formalmente comunicato il POS e quindi tutta la catena di comando, dal centro verso la periferia, rimane bloccata in attesa delle determinazioni di carattere politico del signor Ministro dell'Interno»*.

[380] Si fa riferimento alle rettifiche, definite "sospette" dalla Corte, del Capo e del Vicario (Prefetto Corda) del D.L.C.I. i quali, ritrattando la versione prima esposta (v. nota 43), hanno invece qualificato anomala anche la richiesta del 17 agosto sulla base che il dialogo con Malta fosse ancora aperto in quella data.

[381] Si ricorda che, secondo la Convenzione SAR, l'obbligo di soccorso non termina con la cessazione del pericolo immediato di naufragio, ma con lo sbarco in un "luogo sicuro" dove vi sia la garanzia che i diritti dei soggetti recuperati siano salvaguardati. Per un ulteriore approfondimento *v. supra*, Cap. II. 2.2.

quest'ultima[382]*»*, e l'Italia, nel caso concreto, è stata certamente lo Stato "di primo contatto", sia da parte del velivolo che ha avvistato il barcone in primo luogo, sia dai migranti stessi, tramite una chiamata satellitare in data 15 agosto.

In secundis, ci sono diversi eventi che consolidano l'assunzione di responsabilità da parte dell'Italia a gestire l'evento SAR in esame: la nomina della nave "U. Diciotti" come coordinatrice SAR da parte dell'IMRCC; la lunga permanenza dei migranti a bordo della suddetta imbarcazione, che costituisce estensione del territorio nazionale, tra l'altro nelle acque antistanti all'isola di Lampedusa; l'indiscutibile volontà delle autorità maltesi a non intervenire, non avendo né dichiarato l'evento SAR nelle acque di propria competenza né tantomeno inviato alcuna unità a soccorso.

Se a tutti i motivi già esposti si aggiunge la considerazione che ogni contatto col RCC di La Valletta avente ad oggetto il rimpallo di responsabilità[383] si era già interrotto da più di 24 ore quando è stata inviata la seconda richiesta di POS il 17 agosto[384], sembra difficile giustificare l'attendismo del D.L.C.I. sulla base che vi fosse ancora una fase di "incertezza" sullo Stato competente all'individuazione del POS.

Eppure, anche a voler sostenere questa versione, avvalorata in realtà da alcune dichiarazioni testimoniali[385], rimane comunque totalmente ingiustificata la protrazione del ritardo fino al 25 agosto, in quanto già dal giorno 19, quando la nave "U. Diciotti" ha ricevuto l'ordine di dirigersi al porto di Pozzallo (e poi Catania), si può segnare con certezza il momento in cui l'autorità italiana ha deciso di farsi carico in via definitiva dell'evento SAR.

---

[382] Sul punto v. AA.VV. (CNF), *Cooperazione internazionale in materia di soccorso in mare: normativa interna e convenzionale. Compatibilità della normativa interna e convenzionale con l'operazione "Mare Nostrum"*, in www.scuolasuperioreavvocatura.it, 9 maggio 2014.

[383] Secondo quanto ricostruito dai giudici *«Roma accusava Malta di non aver dichiarato l'evento SAR nelle acque di rispettiva competenza nonostante l'evidenza del pericolo e la invitava ad assumere la primaria responsabilità dell'evento, mentre Malta accusava Roma di avere compiuto un illegittimo intercetto nelle acque di propria competenza al fine di evitare che il barcone con i profughi a bordo giungesse in acque italiane»*.

[384] Con l'eccezione di una singola mail inviata a pochi minuti (22:44) dalla suddetta richiesta (22:30), rimasta ovviamente inascoltata.

[385] Si riporta in particolare la dichiarazione resa dall'Amm. Liardo: *«dopo il 19 si è deciso di far salpare la Diciotti verso Pozzallo e poi verso Catania. In questa fase noi avevamo richiesto un POS anche a Malta, ma Malta non ha mai risposto. Preciso che siamo rimasti in attesa di una risposta di Malta fino al 19 agosto pomeriggio»*.

In conclusione, la palese assunzione di responsabilità da parte dell'Italia in funzione del prolungato silenzio delle autorità maltesi, in conformità con quanto previsto dalla Convenzione SAR, ha legittimato *in toto* la richiesta di POS effettuata dall'IMRCC in data 17 agosto, e ha imposto in capo al D.L.C.I. presso il Ministero dell'Interno l'obbligo giuridico di individuare un porto sicuro nel minor tempo possibile, il quale non è stato rispettato esclusivamente a causa delle «*determinazioni di carattere politico del signor Ministro dell'Interno*[386]», nonostante la piena consapevolezza delle condizioni disagiate delle persone a bordo della nave.

2.2. L'ELEMENTO SOGGETTIVO: IL VALORE DELLE "MOTIVAZIONI POLITICHE"

Poiché il caso Diciotti ipotizza la configurazione di un reato ministeriale, la responsabilità personale del Min. dell'Interno deve derivare da un atto compiuto nell'esercizio delle sue funzioni e per mezzo di una struttura gerarchica complessa: il giudizio sull'elemento soggettivo richiede quindi un'analisi particolarmente accurata, che prenda in considerazione in primis l'effettiva riconducibilità della mancata individuazione del POS e del conseguente divieto di sbarco alla direttiva del Ministro, e in secundis il carattere apertamente *contra legem* delle ragioni di tale atto, per stabilire l'applicabilità o meno della scriminante dell'adempimento di un dovere ex. art. 51 c.p.

Il primo punto è in realtà facilmente dimostrabile, in quanto emerge pacificamente da tutte le testimonianze raccolte[387] dai massimi vertici amministrativi delle strutture interne coinvolte, oltre che dalle abbondanti esternazioni del Ministro agli organi di stampa sia prima che dopo l'ormeggio della nave a Catania, che la responsabilità del ritardo fosse da imputare in maniera determinante alle motivazioni politiche del Ministro Salvini di portare l'attenzione dell'UE sulle problematiche italiane legate all'immigrazione clandestina.

Rimane però da verificare se tali motivazioni rientrino nell'ambito di discrezionalità garantito dalla legge al Min. dell'Interno per l'individuazione del POS,

[386] V. supra, nota 379.
[387] Oltre le dichiarazioni già riportate, è possibile citare quanto riferito dal Capo di Gabinetto del Ministero dell'Interno: *«la disposizione di non far sbarcare i migranti, o meglio che i migranti restassero a bordo della nave Diciotti fino alla definizione delle trattative intraprese a livello europeo, è stata assunta dal ministro Salvini»*.

e siano quindi in grado di rendere legittimo un atto che, come già dimostrato, sarebbe altrimenti chiaramente contrario alle norme nazionali e internazionali in materia:

a) Sono già state ampiamente trattate le motivazioni che spingono a ritenere che l'Italia avesse ormai assunto l'obbligo giuridico di occuparsi personalmente dell'evento SAR, pur avvenuto in acque maltesi; a tale rilievo si deve però aggiungere che, secondo la già citata "Risoluzione MSC 167-78", l'evento non può dirsi concluso finché i naufraghi non siano giunti ad un porto sicuro. Le condizioni necessarie, secondo la Risoluzione, perché sia raggiunto tale risultato, non possono essere assolutamente soddisfatte fino al completamento dello sbarco, e se è vero che teoricamente *«la nave può costituire un luogo sicuro, (...) ciò solo per il tempo strettamente necessario per procedere allo sbarco dei naufraghi nella destinazione finale a terra»*[388], per cui non si rileva in questa fonte alcun fondamento al ritardo di cinque giorni successivo all'attracco al porto di Catania.

b) Alla medesima conclusione si perviene prendendo ad esame la direttiva SOP 009/15, che impone espressamente di *«minimizzare i tempi per il trasporto delle persone soccorse, evitare indebiti ritardi nello svolgimento delle operazioni di sbarco delle stesse a causa di adempimenti formali (...) limitare per quanto possibile la permanenza a bordo delle persone soccorse e di far subire le navi su correttrici la minima deviazione è possibile dal viaggio programmato»*[389]. Secondo l'interpretazione offerta dal Tribunale dei Ministri, la designazione del POS è un atto "amministrativo endo-procedimentale vincolato nell'"an", cosicché l'ambito di discrezionalità riservato alle autorità coinvolte si limita a valutazioni di tipo tecnico[390], le quali erano già state compiute senza

[388] Resolution MSC 167-78 (adopted on 20 May 2004) Guidelines on the treatment of persons rescued at sea, par. 6.1.4.: *«A place of safety may be on land, or it may be 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».*

[389] SOP 009/15, cap. 1.3.2

[390] I parametri tecnici di individuazione del POS si accentrano sulla migliore offerta di accoglienza e assistenza sanitaria disponibile, in base al numero, sesso e condizioni psicofisiche dei migranti recuperati, e alla capacità ricettiva dei centri di accoglienza della zona.

ostacoli dai vertici amministrativi[391], tanto che il servizio di accoglienza a terra, secondo quanto affermato dal Questore di Catania, sarebbe stato approntato a poche ore dall'avviso dell'imminente arrivo della nave "U. Diciotti". Anche in questo caso, dunque, si deve concludere che il ritardo comportato dal veto posto dal Min. Salvini, di natura dichiaratamente politica, costituisse un uso arbitrario e illegittimo dei poteri a lui conferiti.

c) Per quanto riguarda il diritto interno, è ipotizzabile una violazione del Testo unico sull'immigrazione[392], e in particolare l'art. 23 del Regolamento attuativo dello stesso, in quanto bisogna ricordare che, mentre la Convenzione SAR non opera distinzioni basate sulla condizione giuridica dei naufraghi, il nostro ordinamento prevede degli adempimenti specifici all'interno della procedura di accoglimento dei migranti; in particolare, la norma citata stabilisce espressamente che *«le attività di accoglienza, assistenza e quelle svolte per le esigenze igienico-sanitarie connesse al soccorso dello straniero possono essere effettuate anche al di fuori dei centri di cui all'articolo 22, per il tempo strettamente necessario all'avvio dello stesso ai predetti centri o all'adozione dei provvedimenti occorrenti per l'erogazione di specifiche forme di assistenza di competenza dello Stato»*. Anche in questo caso le ragioni che possono giustificare un ritardo nelle operazioni di sbarco e smistamento dei migranti possono essere solo di natura strettamente logistica, e non politica.

d) Infine, il divieto di sbarco rivolto indistintamente a tutti i passeggeri a bordo della "U. Diciotti", nonostante l'indubbia consapevolezza della presenza di numerosi minori non accompagnati a bordo della stessa, costituisce una

[391] Così è stato testimoniato dall'Amm. Liardo, secondo cui *«solitamente il POS viene indicato nell'arco di alcune ore, giusto il tempo di organizzare l'accoglienza a terra e lo strumento di polizia a terra»* e dal Prefetto Corda, il quale addebita completamente il ritardo all'Ufficio di Gabinetto, aggiungendo che *«da parte del Dipartimento a cui appartengo non vi sono ragioni tecniche ostative alla concessione del POS»*.

[392] La Corte ritiene che vi sia inoltre una violazione dell'art. 10-ter del T.U. imm., recante norme in materia di "Disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare", poiché questo *«esclude qualsivoglia forma di costrizione, essendo per essi prevista l'immediata conduzione in strutture ricettive per le operazioni di rilevamento foto dattiloscopico e segnaletico»*.

violazione della legge n. 47/2017[393] e il d. lgs. 142/15[394], i quali sanciscono il divieto assoluto di respingimento ed espulsione dei minori extracomunitari non accompagnati, in conformità a numerose Convenzioni internazionali, e non può costituire una scusante la disposizione dello sbarco esclusivo di questi due giorni dopo l'attracco e solo in seguito all'esposto presentato dalla Procura dei Minori di Catania.

Alla luce delle molteplici violazioni integrate dalla direttiva del Min. dell'Interno e della assoluta certezza che questi fosse pienamente consapevole della situazione in cui versavano i soggetti a bordo della "U. Diciotti", sembra che l'elemento soggettivo della figura di reato in esame sia evidentemente integrato: il sequestro di persona ex art. 605 c.p. presuppone infatti il semplice dolo generico, che la Cassazione ha identificato come *«la consapevolezza di infliggere alla vittima la illegittima restrizione della sua libertà fisica, intesa come libertà di locomozione*[395]*»*.

Sempre la Suprema Corte[396] ha recentemente affermato che non assume alcuna rilevanza lo scopo perseguito dall'agente, salvo il caso eccezionale in cui questo corrisponda ad un corretto esercizio di un potere, capace quindi di integrare la scriminante di cui all'art. 51 c.p., ossia l'"esercizio di un diritto o adempimento di un dovere".

Avendo già accertato come la ratio del ritardo debba essere ricondotta esclusivamente alle motivazioni politiche del Min. Salvini, ossia incentivare l'attenzione dell'UE sul tema dell'immigrazione in Italia utilizzando i migranti a bordo della nave "U. Diciotti", l'analisi definitiva sull'elemento soggettivo si concentra sull'idoneità di tali motivazioni a costituire l'adempimento di un dovere che l'ordinamento ritenga giuridicamente rilevante.

Secondo quanto dichiarato dal Capo del D.L.C.I., la procedura burocratica standard dettata dal piano operativo del 2015 non sarebbe cambiata ufficialmente sotto l'amministrazione del Min. Salvini, ma mentre prima era prevista solo una valutazione

[393] "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati".
[394]"Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale".
[395] Cass. pen. sez. I n. 19548/2013
[396] Cass. pen. sez. I n. 206/2017

tecnico-politica svolta di concerto tra il Dipartimento e il Ministro dell'Interno, in cui peraltro il secondo ricopriva un ruolo più formale che sostanziale, il Min. Salvini ha aggiunto un nuovo momento di stallo, *«inserendo nel processo decisionale anche la disponibilità europea ad accogliere i migranti*[397]*»*.

Il caso "Diciotti" non fa eccezione, essendo stato appurato, grazie alle conferme ottenute dalle testimonianze del Capo e del Vice Capo dell'Ufficio di Gabinetto del Ministero dell'Interno, che il ritardo fosse finalizzato ad ottenere un accordo di distribuzione dei migranti in occasione della riunione dei rappresentanti tecnici dei leader dell'UE tenuta il 24 agosto[398] a cui sarebbero stati soggetti anche i naufraghi fermi al porto di Catania; nonostante il "nulla di fatto" ottenuto nella suddetta riunione, il raggiungimento di un accordo parallelo con alcuni Stati extra-UE (Albania, Irlanda e C.E.I.) avrebbe finalmente convinto il Min. Salvini ad acconsentire alla terza richiesta di POS inviata il medesimo giorno dall'IMCRR di Roma.

Secondo l'opinione del Tribunale, la giustificazione meramente politica addotta dai collaboratori del Min. Salvini non può essere posta a fondamento della scriminante ex art. 51 c.p.

In primis, il proposito in sé è stato reputato essenzialmente inutile, in quanto la riunione del 24 agosto aveva ad oggetto solo la definizione di linee meramente programmatiche e non vincolanti, che non avrebbero potuto influire sulla situazione in corso né tantomeno legittimare una palese violazione della normativa vigente; viceversa, non viene addotta nessuna ragione giuridicamente accettabile su come l'autorizzazione allo sbarco avrebbe potuto compromettere il raggiungimento di un accordo a livello europeo.

In secundis, non è stato dimostrato come lo specifico diniego di sbarco dei 177 clandestini del caso "Diciotti" potesse costituire un esercizio legittimo delle prerogative del Min. dell'Interno in base alla legge n. 121/1981[399], e in particolare

[397] Dichiarazioni rese in data 25 settembre al tribunale dei Ministri di Palermo dal Prefetto Pantalone

[398] In particolare, la testimonianza del Vice Capo Emanuela Garroni conferma l'intercessione dell'Ambasciatore presso la Rappresentanza Italiana a Bruxelles, su richiesta del Min. degli Esteri Moavero Milanesi, il quale *«ha inviato una nota verbale alla commissione europea, chiedendo, come avvenuto in precedenti episodi (...) che l'Europa si facesse carico della ripartizione delle persone soccorse in mare cioè delle persone recuperate in eventi SAR»*.

[399] Legge n. 121/1981, art. 1: *«Il Ministro dell'interno è responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ed è autorità nazionale di pubblica sicurezza. Ha l'alta direzione dei servizi di ordine e sicurezza pubblica e coordina in materia i compiti e le attività delle forze di polizia»*.

della tutela dell'ordine pubblico, posto che non solo non era stata paventata da nessuno dei soggetti coinvolti la possibile presenza di "persone pericolose" tra i passeggeri a bordo della nave, e inoltre *«in concomitanza con il caso "Diciotti", si era assistito ad altri numerosi sbarchi dove migranti soccorsi non avevano ricevuto lo stesso trattamento»*.

In conclusione, sembra sostenibile affermare che il veto posto dal Min. Salvini non può ricadere sotto l'effetto dell'art. 51 c.p. perché non è stato dimostrato che la permanenza a bordo dei migranti fosse in grado di perseguire alcun interesse preminente tale da giustificare l'importante lesione alla libertà personale delle persone a bordo, tutelata non solo dalle Convenzioni internazionali anzidette, per effetto degli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione, ma anche dall'art. 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[400], dall'art. 2 del Testo Unico sull'Immigrazione[401], e infine dall'art. 13 Cost., oggetto di una importantissima sentenza della Corte Costituzionale, che ha espressamente stabilito la netta prevalenza della libertà personale rispetto ai possibili effetti lesivi sull'ordine pubblico.

3. La competenza del Tribunale dei Ministri: reato ministeriale e atto politico "in senso stretto"

Sebbene i ragionamenti che seguono non appartengano propriamente all'ambito dell'immigrazione clandestina, sarebbe quantomeno incompleto tralasciare del tutto questo aspetto fondamentale del caso che si sta esaminando, soprattutto perché è proprio nel ragionamento con cui l'autorità giudiziaria dichiara la propria competenza a giudicare la condotta tenuta dal Min. dell'Interno nell'ambito della tutela dei confini nazionali che è possibile valutare l'effettivo potere vincolante delle fonti che regolano la materia dell'immigrazione e quindi pongono i limiti alla sovranità statale che costituiscono la base essenziale di questa disciplina.

Il nostro ordinamento prevede due distinte tutele che sottraggono l'operato di un Ministro dal sindacato della Sezione Reati Ministeriali del Tribunale:

[400] CEDU art. 5: *«Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge»*
[401] T.U. imm. art. 2: *«Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»*.

l'autorizzazione a procedere presentata alla Camera di appartenenza deve infatti motivare sia gli elementi costitutivi del "reato ministeriale", sia le ragioni per cui l'atto incriminato non debba essere considerato un atto politico "in senso stretto".

In uno Stato di diritto, il potere che deriva da una carica pubblica non può essere in nessun caso scollegato da una norma di riferimento che lo conferisce e ne regola l'esercizio. Il reato ministeriale, per sua natura, implica un esercizio illecito del potere derivante dalla carica di Ministro, ma il suo sindacato da parte dell'autorità giudiziaria prescinde da qualsiasi considerazione sulle connotazioni politiche dell'atto in esame, le quali, essendo *«insuscettibili di essere interamente apprezzate dalla magistratura ordinaria (...) sono devolute all'apprezzamento delle Camere»,* assumendo valore di esimente[402].

Il Tribunale dei Ministri di Catania giustifica quindi la propria competenza a giudicare la condotta del Min. Salvini sulla base dell'art. 96 Cost. e della L. Cost. 1/1989, secondo un'analisi esclusivamente tecnico-giuridica, poiché l'atto in questione non solo è stato commesso da un soggetto dotato della necessaria qualificazione giuridica, ma è caratterizzato da un *«rapporto di strumentale connessione tra la condotta integratrice dell'illecito e le funzioni esercitate dal Ministro»*.

La trattazione svolta fino a questo punto ha affrontato l'esistenza o meno dei presupposti per la piena configurabilità del sequestro di persona ex 605 c.p.: il Tribunale dei Ministri di Catania ha motivato ampiamente il proprio convincimento riguardo la presenza di tutti gli elementi costitutivi del delitto in esame, tanto oggettivi quanto soggettivi, e l'inapplicabilità delle ragioni politiche come fondamento della scriminante ex art. 51 c.p.

Tuttavia, poiché si sta trattando di un reato ministeriale, la ripartizione dei poteri impedisce al giudice penale di sindacare un atto politico "in senso stretto", caratterizzato, secondo la definizione data del Consiglio di Stato[403], da un elemento soggettivo, ossia la provenienza da un *«organo di pubblica amministrazione, seppure*

[402] L. Cost. 1/1989 art, 9 comma 3: *«L'assemblea si riunisce entro sessanta giorni dalla data in cui gli atti sono pervenuti al Presidente della Camera competente e può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo».*
[403] Cons. St. 209/2007.

preposto in modo funzionale e, nella specifica vicenda, all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica», e uno oggettivo, basato sul suo contenuto dell'atto, che deve riguardare *«la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione»*.

L'atto politico "in senso stretto" è il risultato di un bilanciamento tra l'art. 7 del codice del processo amministrativo, secondo cui *«non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico»,* e gli artt. 24 e 113 Cost. che sanciscono il diritto personale inviolabile alla tutela giurisdizionale; il risultato è la creazione di una categoria di atti dell'Esecutivo che permette una limitazione al diritto predetto, ma solo *«nelle eccezionali ipotesi in cui tale restrizione si rivelasse necessaria per la difesa di altri valori ontologicamente comparabili»*.

Il criterio prescelto dalla Corte per identificare un atto che sia espressione di un indirizzo politico dello Stato e come insindacabile dal potere giudiziario, è la sua idoneità a ledere direttamente la sfera soggettiva individuale di chi vi sia soggetto: nel secondo caso infatti ci si troverebbe davanti non ad un atto politico, quanto ad un "atto amministrativo adottato sulla scorta di valutazioni politiche" il quale, incidendo su situazioni specifiche, può concretamente ledere il patrimonio giuridico dei privati e come tale giustifica la necessità di una tutela giurisdizionale in capo al singolo, di cui invece non vi è esigenza nella prima eventualità..

Nel caso in esame, visti gli evidenti effetti lesivi diretti sulla libertà personale degli stranieri a bordo della nave "U. Diciotti", i giudici hanno considerato la direttiva del Min. Salvini come un atto di alta amministrazione[404], la cui chiara matrice politica, non potendo neanche essere posta a fondamento dell'adempimento di un dovere, non può scusare in alcun modo l'uso arbitrario dei poteri ricollegati alla carica per negare un atto dovuto da parte del Ministero dell'Interno, violando così sia il diritto interno che le norme internazionali a cui l'Italia è vincolata.

[404] Cons. St. 4502/2011: l'atto di alta amministrazione consiste nell'attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico, ma quale si caratterizza come anello di congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa.

C) Il caso "SEA WATCH 3": un'altra conferma della prevalenza dei diritti umani nel bilanciamento dei beni giuridici tutelati

L'ultimo dei casi che sarà oggetto di analisi in questo capitolo riguarda una vicenda particolarmente nota nonché recentissima, che infatti ancora vede i suoi protagonisti al centro del dibattito pubblico sul tema dell'immigrazione: da una parte il Ministro dell'Interno *pro tempore*, sen. Matteo Salvini, autore del decreto sicurezza-bis e principale sostenitore in Italia della linea politica dei "porti chiusi"; dall'altra Carola Rackete, comandante della nave "Sea Watch 3", divenuta ormai l'emblema della disobbedienza delle ONG impegnate nel Mediterraneo, in nome del diritto internazionale e della tutela dei diritti umani.

Sembra opportuno premettere fin dal principio che la vicenda in esame, dal punto di vista strettamente penalistico, aggiunge poco rispetto a quanto già detto riguardo la giurisprudenza prevalente[405] nel nostro Paese, che riconosce in ogni caso l'applicabilità delle scriminanti ex art. 51 o 54 c.p. alle condotte tenute dagli esponenti delle ONG, sia quando rifiutino di ottemperare alle indicazioni dell'IMRCC che li indirizzano verso le coste libiche[406], sia quando recuperino, in qualsiasi zona di mare, dei migranti lasciati appositamente alla deriva dai trafficanti.

Anche il caso "Sea Watch 3" non fa eccezione: il GIP di Agrigento, con l'ordinanza del 2 luglio 2019, ha rigettato sia la richiesta di arresto che quella di applicazione di misura cautelare avanzate dalla Procura di Agrigento, ritenendo che

[405] *V. supra*, Cap. IV.

[406] In tale senso si veda la sent. del GUP di Trapani del 23 maggio 2019, richiamata anche nell'ordinanza in esame, in cui il giudice ha riconosciuto la scriminante della legittima difesa in capo ai due migranti che si erano opposti con la forza al tentativo dell'equipaggio della nave "Vos Thalassa" di riportarli in Libia. Ovviamente tale pronuncia parte dal presupposto che le critiche mosse alla gestione libica del fenomeno migratorio in partenza dalle proprie coste, ossia il mancato rispetto dei più basilari diritti umani, così come denunciato anche dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, debbano essere considerate veritiere. Sulle problematiche legate alla collaborazione del nostro Paese con la Libia sul tema dell'immigrazione, v. supra, Cap. III §§ 6. Per un approfondimento sulla sentenza citata, v. L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2019.

ogni azione commessa dall'indagata, per quanto illecita, fosse scriminata in quanto determinata dall'adempimento di un dovere.

Per questo motivo, oltre agli specifici snodi motivazionali presenti nell'ordinanza, che saranno esaminati di seguito, debita attenzione sarà riservata anche ad una valutazione più ampia dell'episodio, che includa la reazione scatenata a livello sovranazionale a causa degli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in primo luogo e del Consiglio d'Europa in seguito, i quali potrebbero forse essere prodromici all'inizio di un nuovo approccio dell'UE rispetto al fenomeno dell'immigrazione e delle ONG.

1. Il procedimento giudiziario: applicazione del decreto sicurezza-bis

1.1. *CRONOLOGIA DEGLI EVENTI E QUADRO NORMATIVO*

Carola Rackete è stata arrestata il 29 giugno 2019 in base a due diversi capi di imputazione: è stata accusata di avere commesso i delitti di cui all'art. 1100 cod. nav.[407] (Resistenza o violenza contro nave da guerra) e art. 337 c.p.[408] (Resistenza a un pubblico ufficiale), in primis per aver ignorato i ripetuti ordini di alt emanati via radio dalla Guardia di Finanza e i segnali previsti dal Codice Internazionale per farla desistere dall'ingresso in porto, intraprendendo «*manovre evasive ai reiterati ordini di alt imposti dalla vedetta, azionando il motore di bordo e indirizzando la rotta verso il porto»*, e in secundis per aver urtato e schiacciato contro la banchina la motovedetta della GdF inviata a impedire l'ormeggio.

L'ingresso forzato nel porto di Lampedusa, che costituisce l'evento del reato secondo la prospettazione accusatoria, per quanto di per sé illecito e certamente pericoloso, come riconosciuto anche dal GIP, *«non può essere atomisticamente esaminato, ma deve essere vagliato unitamente e dalla luce di ciò che lo precede, ossia il soccorso in mare e gli obblighi ne scaturiscono»;* per questo motivo la il giudice si è impegnato a ricostruire tutta la cronologia degli eventi, che ha avuto inizio 17 giorni

[407] Cod. nav. art. 1100: *«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».*
[408] Art. 337 c.p.: *«Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».*

prima, insieme al quadro normativo, che consente di analizzare i fatti avvenuti secondo una visione complessiva.

Si può dividere la serie di eventi che ha portato la "Sea Watch 3" allo sfondamento del blocco navale in due fasi:

1) Dal 12 al 22 giugno, la nave è rimasta in acque internazionali, dopo aver effettuato il salvataggio in acque SAR libiche di un barcone avvistato da un mezzo aereo italiano. In accordo con quanto notoriamente riconosciuto dalla comunità internazionale, il comandante ha ignorato sia la richiesta delle autorità libiche di lasciare a queste ultime l'operazione di soccorso, sia l'indicazione di attraccare a Tripoli, non potendo considerare nessun porto in Libia come sicuro[409]. Davanti alla negazione di competenza da parte dell'IMRCC di Roma, il comandante ha scelto di mantenersi in prossimità dell'isola di Lampedusa, porto sicuro più vicino al luogo dell'evento SAR, reiterando le richieste di POS alle autorità italiane e maltesi[410] e *«indicando le condizioni di vulnerabilità in cui versavano le persone soccorse»*. Il 15 giugno, in applicazione del nuovo decreto sicurezza-bis, entrato in vigore lo stesso giorno, è stato disposto il divieto[411] alla "Sea Watch 3" di fare ingresso, transito e sosta nel mare territoriale italiano. Infine, dopo diverse evacuazioni mediche operate dall'Autorità Marittima e l'inoltro di ulteriori inascoltate richieste di POS, il comandante Rackete ha deciso di entrare nelle acque territoriali il 26 giugno.

[409] Per un approfondimento sulle ragioni che impediscono di qualificare la Libia come un porto sicuro, condivise da numerosi autorevoli organi internazionali, *v. supra*, Cap. III §§ 6.

[410] Nel frattempo, il Ministero dell'Interno italiano aveva già comunicato via mail che un eventuale ingresso della nave nelle acque territoriali italiane, in spregio del reiterato ordine di rivolgersi alle autorità SAR maltesi, sarebbe stato considerato *«pregiudizievole per l'ordine pubblico»* e quindi non inoffensivo ai sensi degli artt. 17, 18 e 19 della Convenzione di Montego Bay.

[411] T.U. imm. art. 11 comma 1-ter: *« Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri»*

2) Lo Stato italiano ha risposto inizialmente all'ingresso illegale della "Sea Watch 3" con l'intimazione dell'alt, ignorato dal comandante che invocava lo stato di necessità, e successivamente con il solo monitoraggio visivo. Nel momento in cui la nave si è fermata in attesa di istruzioni sul dove ormeggiare all'interno del porto, le autorità sono salite a bordo in diverse occasioni, prima per effettuare dei controlli sulla *crew list* e sui migranti trasportati, e poi per svolgere le attività di polizia giudiziaria[412] richieste dall'apertura, da parte della procura di Agrigento, di un fascicolo a carico del comandante in relazione alle ipotesi di reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina aggravata e resistenza e violenza verso una nave da guerra[413]. Una volta terminate tutte le attività predette, la "Sea Watch 3" ha cominciato a dirigersi verso la banchina, urtando contro la vedetta della GdF frappostasi per impedire la manovra di ormeggio.

La sintesi della normativa di riferimento operata dal GIP non aggiunge nulla di nuovo alle fonti già analizzate nei capitoli precedenti, per cui si farà solo un breve cenno: per quanto riguarda l'ambito del soccorso in mare meritano doverosa menzione le Convenzioni "SOLAS", "SAR" e "UNCLOS", che ne sanciscono l'obbligatorietà a prescindere dalla condizione giuridica dei naufraghi, e allo stesso tempo impongono agli Stati di predisporre dei meccanismi efficaci di pattugliamento sistematico e coordinamento delle operazioni; il medesimo precetto è previsto nel diritto interno grazie agli artt. 489 e 490 cod. nav.[414], mentre l'art. 1158 dello stesso codice ne punisce l'omissione con la reclusione fino a due anni.

Per quanto attiene strettamente alla liceità della condotta del comandante, si ricorda invece l'art. 10-ter comma 1 del T.U. imm., secondo cui *«lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o*

[412] In data 28 giugno i militari, delegati dalla Procura, hanno acquisito tutta la documentazione relativa ai giorni dal 09 al 27 giugno in esecuzione di un decreto di perquisizione locale e personale della nave e dei soggetti a bordo.
[413] Cod. nav. art. 1099: *«Il comandante della nave, che nei casi previsti nell'articolo 200 non obbedisce all'ordine di una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione fino a due anni»*.
[414] I due articoli richiamati prevedono rispettivamente l'obbligo di assistenza e l'obbligo di salvataggio. In particolare, l'art. 489 comma 2 stabilisce che *«Il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla»*.

esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi», e l'art. 18 della predetta Convenzione di Montego Bay, che ritiene sempre il passaggio "inoffensivo" (e quindi non perseguibile) finché non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero, ossia quando viene svolto in conformità con le norme e i principi della Convenzione, che ha valore sovraordinato rispetto alla legge nazionale.

Secondo il giudice, dalla sintesi di tutte le fonti descritte, *«deriva l'obbligo, in capo alle autorità statali, di soccorrere e fornire prima assistenza allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato»,* e tale affermazione sembra difficile da contestare, per quanto vada necessariamente bilanciata, nel caso concreto, con la prerogativa dello Stato di gestire i flussi migratori in ingresso nei propri confini.

1.2. *LE ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE E LA DECISIONE DEL G.I.P.*

Come di consueto, la difesa del comandante della "Sea Watch 3" ha replicato alle accuse di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e di resistenza a pubblico ufficiale invocando le due scriminanti di cui all'art. 51 e 54 c.p.

In primis, ha sostenuto che tanto la scelta di non lasciare l'operazione di soccorso in mano alla Guardia Costiera libica quanto quella di non dirigersi successivamente a Tripoli, nonostante le fosse stato così indicato ripetutamente dai MCRR di Libia e Italia come POS, sono state fatte in conformità al diritto internazionale, e in particolare alla Convenzione "SAR" e all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, che definiscono i requisiti necessari per poter definire un luogo come porto sicuro.[415]

In secundis, dalle fonti già citate emerge chiaramente il principio che l'obbligo di soccorso non può limitarsi alla prima assistenza, ma termina solo al momento dello sbarco nel POS, per cui la resistenza del comandante alle attività ostruzionistiche

[415] Discorso analogo viene fatto dal comandante (secondo le dichiarazioni fornite durante l'interrogatorio in udienza di convalida) anche in relazione al porto di Tunisi, ritenuto dalla stessa come non sicuro in base alle informazioni fornite da Amnesty International e dalla conoscenza di *«di un mercantile con a bordo rifugiati che stavano da 14 giorni davanti al Porto della Tunisia senza potere entrare»*.

messe in atto dalle autorità italiane è giustificata dalla volontà di portare a termine il dovere giuridicamente impostole dal diritto internazionale, mentre sarebbero da considerare illegittime proprio queste ultime, visto che il passaggio della "Sea Watch 3" nel mare territoriale, finalizzato a completare un'azione di soccorso, era necessariamente inoffensivo[416] e non doveva essere né impedito né ostacolato dall'Italia, ancor di più alla luce del predetto art. 10-ter T.U. imm. che impone un chiaro obbligo di assistenza in capo alla Stato.

Allo stesso tempo Carola Rackete ha invocato lo stato di necessità sin dal momento in cui ha fatto ingresso nelle acque territoriali italiane: tale scelta sarebbe stata determinata dalle condizioni fisiche e soprattutto psicologiche dei migranti a bordo, sempre più instabili a causa del passare dei giorni in assenza di una soluzione politica[417], oltre che dal rigetto dei ricorsi presentati sia al TAR che alla Corte EDU (*v. infra*); a testimonianza di quanto affermato, il comandante ha fatto notare che *«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»*.

Alla luce dei rilievi fin qui esposti, il GIP investito della decisione ha accolto *in toto* le argomentazioni difensive:

- Il divieto di ingresso emanato ai sensi dell'art.11 comma 1-ter T.U. imm. non poteva impedire al capitano della nave di portare a termine l'azione di soccorso intrapresa in conformità con gli obblighi internazionali, e doveva necessariamente essere disatteso[418].

---

[416] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare – Montego Bay (UNCLOS) 1982, art. 18 comma 2: *«Il passaggio deve essere continuo e rapido. Il passaggio consente tuttavia la fermata e l'ancoraggio, ma soltanto se questi costituiscono 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»*.

[417] Secondo le dichiarazioni del comandante, la prospettiva di una rapida soluzione politica, *«promessa dalla Guarda di Finanza»*, è stata alla base della scelta di mantenersi due giorni nelle acque territoriali italiane prima di fare ingresso al porto di Lampedusa, ma proprio il fallimento di questa via avrebbe fatto precipitare la situazione a bordo; si riporta il testo della dichiarazione: *«La situazione psicologica stava peggiorando ogni giorno, molte persone soffrivano lo stress post traumatico, 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 (...) diverse persone del mio team hanno espresso serie preoccupazioni, uno dei medici ha detto che non avrebbe potuto per vedere più le reazioni delle persone a bordo»*.

[418] Discorso analogo viene fatto con riguardo alle direttive ministeriali in materia di "porti chiusi" a cui il GIP non riconosce *«nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Seawatch 3, oltre che delle autorità nazionali»*

- Il reato di cui all'art. 1100 cod. nav. è insussistente, perché le unità navali della Guardia di Finanza, come affermato dalla sent. 35/2000 della Corte Costituzionale, sono considerate navi da guerra solo *«quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare»*. Questo passaggio dell'ordinanza del GIP è stato particolarmente criticato dalla Procura, che ha presentato ricorso in Cassazione per ottenerne l'annullamento, in quanto sarebbe frutto di un'interpretazione parziale e non esaustiva della sentenza richiamata, e non prenderebbe inoltre in considerazione diverse altre sentenze della Cassazione chiaramente concordi con la tesi della Procura[419], ossia la chiara volontà da parte dello Stato di tutelare le operazioni di polizia marittima svolte dalla GdF equiparando, durante il loro svolgimento, lo stesso livello di garanzia offerto alle navi da guerra.

- Discorso a parte concerne invece il delitto di resistenza a pubblico ufficiale ex art. 337 c.p. perché, a differenza delle altre ipotesi di reato, l'evento risulta essersi effettivamente verificato con l'incauta manovra d'ormeggio compiuta dal comandante, *«seppur di molto ridimensionato, nella sua portata offensiva, rispetto alla prospettazione accusatoria»*. Allo stesso tempo viene anche riconosciuta la presenza del coefficiente soggettivo, impossibile da escludersi essendo detta manovra il frutto di una scelta

[419] In forte opposizione con l'ordinanza in esame, si riporta, per tutti, l'opinione di F. SALVI, *Ecco perché una motovedetta della Guardia di Finanza può essere definita "Nave da guerra"*, www.forumiuris.it, 2019. L'autore cita in primis la stessa sent. Corte cost. n. 35/2000: *«sono quindi considerate navi militari agli effetti della legge penale militare (art. 11 del codice penale militare di pace); quando operano fuori delle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia un'autorità consolare 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 (rifiuto di obbedienza o resistenza e violenza a nave da guerra)»;* secondo l'opinione dell'autore è determinante il richiamo all'art. 200 cod. nav., in cui si afferma che la polizia delle navi da guerra è esercitata non solo in alto mare ma anche nel mare territoriale. In secundis vengono richiamate due sentenze della Suprema Corte, Cass. pen, sez. III n. 9978/1987, secondo cui *«anche ai fini dell'applicazione dell'art. 1099 codice navigazione una motovedetta armata della Guardia di Finanza, in servizio di polizia marittima, deve essere considerata nave da guerra»* e più recentemente Cass. pen. sez. III n. 31403/2006, in cui si riconosce la chiara intenzione del legislatore ad estendere tale qualifica ai navigli della GdF alla luce dell'art. 6 della l. 1409/1956, che *«punisce gli atti di resistenza o di violenza contro tale naviglio con le stesse pene stabilite dall'art. 1100 codice navigazione, per la resistenza e violenza contro una nave da guerra»* e, importante in relazione al caso di specie, a prescindere dal *«fatto che la manovra della imbarcazione privata non abbia mai messo a repentaglio la incolumità fisica dell'equipaggio della motovedetta militare».*

volontaria e calcolata, ma l'antigiuridicità della condotta viene meno a causa della scriminante ex art. 51 c.p.[420]

In conclusione, la decisione così unilaterale da parte del GIP di Agrigento, nonostante l'oggettiva gravità della condotta posta in essere dal comandante[421] e la giurisprudenza di riferimento non così pacifica come sembra suggerire l'ordinanza, ha comprensibilmente riacceso il dibattito mai sopito sul valore delle leggi internazionali rispetto al diritto interno[422] e sull'effettiva portata delle scriminanti che, senza un giudizio di bilanciamento nel caso concreto da parte del giudice, rischiano di diventare uno strumento per legittimare la lesione virtualmente illimitata degli altri beni giuridici tutelati, in nome dei diritti umani[423].

2. La reazione nell'ambiente sovranazionale: CEDU e CdE

2.1. LA RICHIESTA DI "*INTERIM MEASURES*" ALLA CORTE DI STRASBURGO

Si è già detto che durante la lunga permanenza in mare della nave "Sea Watch 3" nell'attesa di un porto sicuro, e precisamente il 15 giugno, è entrato in vigore il decreto-legge n. n. 53/2019 (c.d. decreto sicurezza-bis), che ha conferito al Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Difesa e il Ministro delle Infrastrutture, di *«limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale»*, alle navi private quando vi sia pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, oppure in caso di "violazione delle leggi di immigrazioni vigenti".

---

[420] La conclusione del GIP sembra in linea con la ricostruzione normativa descritta in precedenza, da cui emerge che l'obbligo giuridico di soccorso non termina fino al momento dello sbarco nel POS; diversa l'opinione della Procura, secondo cui *«si dubita che l'adempimento del dovere di soccorso dei migranti - soccorso in mare avvenuto circa quindici giorni prima dell'arresto - possa giungere a scriminare anche la condotta del 29 giugno 2019»*.

[421] Si ricorda che, ad esempio, già la sola resistenza o violenza contro nave da guerra ex art. 1100 cod. nav. è sanzionata con la reclusione da tre a dieci anni.

[422] Sul punto, v. B. TINTI, *Ordinanza giuridicamente errata*, in www.ItaliaOggi.it, 04 luglio 2019: *«Nel territorio dello Stato si applicano le leggi ordinarie dello Stato. Se il giudice ritiene che una di queste leggi, rilevante nel caso che deve risolvere, sia in contrasto con la Costituzione, deve sospendere il procedimento e sollevare eccezione di incostituzionalità (...) solo ove quest'ultima fosse dichiarata incostituzionale, potrebbe ritenersene obbligatoria l'osservanza. Fino ad allora, violare la legge italiana non è un dovere ma un reato»*

[423] Si schiera invece a favore dell'ordinanza in esame S. ZIRULIA, *L'ordinanza del GIP di Agrigento sul caso Sea Watch (Carola Rackete)*, www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2019, secondo cui la giurisprudenza più recente sta *«progressivamente riportando in primo piano i principi dello stato di diritto e, soprattutto, il primato dei diritti fondamentali rispetto alle (pur legittime, ma evidentemente di rango inferiore) esigenze di controllo dei confini territoriali»*.

Avverso il divieto di ingresso è stato anzitutto esperito ricorso al TAR del Lazio, con richiesta al Presidente di sospendere in via cautelare l'efficacia del provvedimento ministeriale. Quest'ultima richiesta è stata tuttavia rigettata il 19 giugno, in ragione della circostanza che i soggetti vulnerabili erano stati sbarcati e che pertanto non residuavano ragioni di eccezionale gravità tali fa giustificare la sospensiva.

Di conseguenza, il comandante Rackete e circa quaranta dei migranti a bordo della nave hanno presentato una richiesta di misure provvisorie alla Corte EDU ex art. 39 del Regolamento CEDU (*v. infra*), che indicasse al Governo italiano ad autorizzare l'ingresso nelle acque territoriali e quindi lo sbarco: la richiesta è stata basata *«sul diritto alla vita* (art. 2 CEDU) *ed il divieto di trattamenti inumani e degradanti* (art. 3 CEDU), *incompatibili con la prolungata permanenza dei naufraghi su una nave sovraffollata e inidonea ad ospitarli per un lasso di tempo di tale entità, senza possibilità di presentare domanda di protezione internazionale»*[424].

La Corte di Strasburgo, tuttavia, ha deciso di non indicare al Governo di autorizzare lo sbarco, ma di continuare comunque a fornire assistenza umanitaria a bordo[425], e tale circostanza, soprattutto dopo la simile decisione del TAR del Lazio, ha riacceso il dibattito sulla legittimità o meno del decreto sicurezza-bis[426], perché il diniego dello sbarco era stato interpretato da alcuni, Ministro dell'Interno in primis, come un avallo della Corte EDU rispetto alla linea politica dei "porti chiusi"[427].

---

[424] Così 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 www.penalecontemporaneo.it, 26 giugno 2019.

[425] Si riporta un estratto del testo originale della decisione (Rackete and Others v. Italy, application no. 32969/19): *«On 25 June 2019, after examining the responses received, the Court, sitting as a Chamber, decided not to indicate to the Italian Government under Rule 39 the interim measure requested by the applicants, namely authorisation to disembark in Italy from the ship Sea-Watch 3. The Court indicated to the Government that it was relying on the Italian authorities to continue 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».*

[426] Per una disanima dei principali rilievi di illegittimità del decreto sicurezza-bis, v. *supra*, Cap. III §§ 4.3.

[427] In tal senso si è espresso lo stesso Min. dell'Interno *pro tempore*, Matteo Salvini, che aveva commentato: *«La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo «ha respinto il ricorso della SeaWatch. Anche da Strasburgo si conferma la scelta di ordine, buon senso, legalità e giustizia dell'Italia».* In maniera opposta hanno invece reagito gli oppositori della nuova politica migratoria; si riporta ad esempio P. SOLDINI, *La Corte di Strasburgo respinge il ricorso della Sea Watch "ma l'Italia tuteli i migranti"*, www.strisciarossa.it, 25 giugno 2019, secondo cui in ogni caso l'obbligo di tutela imposto dalla Corte di Strasburgo non può che portare eventualmente ad uno sbarco in tempi celeri, viste le disagiate condizioni dei migranti a bordo, cfr: *« Non è chiaro in che modo il ministro dell'Interno Salvini, che (forse prematuramente) ha commentato con grande soddisfazione la decisione venuta da Strasburgo*

Al di là delle ripercussioni politiche del caso, che comunque si ripercuotono necessariamente sulla normativa di riferimento, sembra corretto ridimensionare la portata che è stata attribuita alla decisione in questione; si ricorda infatti che entrambe le procedure previste dall'art. 21 comma 9 della Legge TAR[428] e dall'art. 39 comma 1 del Regolamento della CEDU[429] sono esperibili solo in via eccezionale, per cui presentano dei criteri di accoglimento della richiesta molto stringenti, che precludono una valutazione ampia e approfondita del merito.

Per questo motivo né la prima né la seconda decisione dovrebbero essere lette come una legittimazione della riforma del T.U. imm., ma come la semplice negazione di uno stato di «*estrema gravità ed urgenza*» per il TAR oppure di *«rischio imminente di danno irreparabile»* per la Corte EDU, almeno ad un grado tale da giustificare la disposizione di misure cautelari provvisorie.

Il discorso è ancora più valido per la Corte di Strasburgo, visto che l'effetto di queste misure è vincolante per tutti gli Stati, e quindi comporta un grado non indifferente di ingerenza nella loro sovranità, che si bilancia con il proprio carattere assolutamente eccezionale[430]: la portata della decisione è minimizzata dalla stessa Corte, che contestualmente chiarisce come il diniego delle misure provvisorie non influisca in alcun modo sull'esperimento di un eventuale futuro ricorso per violazione dei diritti umani contro l'Italia.

---

potrà ottemperare all'ingiunzione di sicurezza e tutela se non acconsentendo finalmente allo sbarco dei naufraghi».

[428] Legge TAR, art. 21 comma 9: *«Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie»*.

[429] Regolamento della CEDU, art. 39 comma 1: *«La camera o, se del caso, il presidente della sezione o un giudice di turno designato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo, possono, su richiesta di una parte o di ogni altra persona interessata, ovvero d'ufficio, indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura»*.

[430] In base agli ultimi dati disponibili, analizzati da 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 www.penalecontemporaneo.it, 26 giugno 2019, *«la Corte accoglie le richieste di interim measures soltanto nel 20% dei casi»*, ed è proprio *«il loro carattere eccezionale, che favorisce il contenimento del loro numero assoluto e consente così alla Corte di evaderle con priorità assoluta nel giro di pochissime ore»*. Inoltre, più della metà delle richieste accolte proviene da soggetti in procinto di essere espulsi verso Paesi in cui non gli verrebbe garantita la tutela della vita o della sicurezza; il caso in esame ha una gravità oggettivamente minore in questo senso, visto che non vi era alcun pericolo immediato di respingimento verso la Libia.

In tal senso, è stato osservato[431] come in realtà la decisione non sembri appoggiare la linea d'azione intrapresa dal governo italiano, visto che di fatto continua a porre in carico ad esso la responsabilità di fornire assistenza a bordo: in altre parole, *«non avendo indicato nessuna specifica misura provvisoria diversa dalla prosecuzione delle attività di assistenza nei confronti delle persone vulnerabili, la Corte ha in ultima analisi rimesso alle autorità italiane la responsabilità delle scelte su come garantire i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione nella vicenda Sea Watch, lasciando anche aperta la strada per futuri eventuali ricorsi».*

2.2. *LE RACCOMANDAZIONI DEL CONSIGLIO D'EUROPA*

Nel corso della trattazione, è già stata evidenziata più volte la presenza persistente negli ultimi anni di un clima di ostilità tra l'Unione Europea e le Organizzazioni Non Governative impegnate nel Mediterraneo: la sua origine risale alla pubblicazione del rapporto pubblicato dall'Agenzia europea FRONTEX[432], a sua volta frutto delle divergenze presenti nei modus operandi degli attori istituzionali e privati, finalizzati rispettivamente alla tutela dei confini europei per i primi, e ai diritti umani per i secondi; si è anche spiegato come questo abbia di fatto spinto le parti ad ostacolarsi a vicenda, ad esclusivo vantaggio dei trafficanti[433].

La criminalizzazione delle ONG, tanto mediatica quanto legislativa, da sempre criticata da autorevoli organi internazionali come l'Alto Commissariato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, è stata recentemente menzionata in una raccomandazione emanata da un organo internazionale che, sebbene estraneo all'UE, vi è strettamente legato sia per ragioni geografiche sia per la quasi totale coincidenza degli Stati Membri: si tratta del Consiglio d'Europa, e precisamente del suo Commissario per i diritti umani, Dunja Mijatovic.

---

[431] Ibid.
[432] *V. supra*, Cap. I §§ 5.
[433] Da una parte le ONG, a causa della loro presenza a ridosso delle coste degli Stati di partenza, hanno impedito di attuare il piano dell'UE di ritirare tutte le operazioni di soccorso fino alle acque territoriali europee, così da creare un effetto deterrente in grado di scoraggiare il traffico di migranti; allo stesso tempo il calo di reputazione che ha colpito le ONG, in quanto agenti fuori dalle regole imposte dagli attori istituzionali, ha portato ad un irrigidimento della politica di tutta Europa nei loro confronti e quindi alla creazione di normative volte a inibirne l'attività, spostando l'attenzione pubblica dagli "sbarchi fantasma", molto più lesivi sia numericamente sia per gli effetti sull'ordine pubblico, vista la totale elusione del controllo da parte dello Stato.

Il documento, intitolato "*Lives saved. Rights protected-Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*" ed emanato in concomitanza con la vicenda della "Sea Watch 3", è rivolto a tutti i 47 Stati Membri del CdE, e fotografa la situazione attuale della crisi migratoria, ricostruisce il quadro normativo vigente, e *«contiene indicazioni di ordine normativo e pratico volte a garantire l'effettivo adempimento degli obblighi relativi al soccorso in mare ed alla successiva protezione dei diritti fondamentali delle persone tratte in salvo»*[434]*;* per quanto le raccomandazioni, per loro stessa natura, non possiedano valore vincolante, non va sottovalutato il loro valore programmatico e soprattutto l'impatto che gli obiettivi prefissati dai rappresentanti degli Stati Membri in materia di diritti umani potrebbe provocare sulla futura evoluzione legislativa dei rispettivi ordinamenti.

La portata della raccomandazione è estremamente ampia, ma, per quanto concerne l'oggetto di questo capitolo, è evidente il filo conduttore che lega l'intero documento, ossia l'assoluta prevalenza dei diritti umani rispetto alle esigenze di tutela dei confini degli Stati Membri, che si ripercuote sulla gestione delle zone SAR, sulla collaborazione con i Paesi terzi, e infine sul sostegno all'attività delle ONG, sia dal punto di vista normativo che operativo.

Partendo da un dato purtroppo incontestabile, ossia l'aumento del rischio relativo di morte durante la traversata del Mediterraneo[435] nel 2019, il CdE auspica una gestione molto meno egoistica del fenomeno migratorio, al fine di incentivare, anziché scoraggiare, l'adempimento del dovere di soccorso da parte dei privati: viene infatti lodata la prassi del governo italiano di accettare lo sbarco di migranti recuperati fuori dalla propria area SAR[436], e poi condannata la sua consistente diminuzione da quando è stata inaugurata la zona SAR libica; pesanti critiche vengono mosse infatti alla cooperazione promossa dagli Stati Membri con la Libia, perché se da un lato questo allevia la pressione dei flussi migratori, la creazione e il mantenimento del JRCC, ossia il Centro di coordinamento dei soccorsi congiunto, comporta il prezzo

[434] S. ZIRULIA, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019.
[435] I dati offerti dalla International Maritime Organization (IMO), consultabili al sito, *MISSING MIGRANTS – Tracking Deaths along Migratory Routes*, indicano, contestualmente ad una complessiva diminuzione delle partenze, un aumento del numero di morti del 2019 rispetto al 2018
[436] Raccomandazione del CdE, Lives saved. Rights Protected, p. 32: *«It is highly commendable that several Council of Europe member states, and particularly Italy, have in the past assumed responsibility for the disembarkation of migrants rescued outside their own SRRs. However, this willingness appears to have decreased considerably since the declaration by Libya of its own SRR».*

inaccettabile di mettere a repentaglio la vita e i diritti fondamentali delle persone in mare, visti gli innumerevoli episodi di chiamate di soccorso rimaste inascoltate o azioni violente sia nei confronti delle ONG che dei migranti stessi.[437]

La conferma da parte del CdE dell'assoluta non idoneità della Libia come porto sicuro e come Stato gestore di una propria area SAR, si lega all'ultimo punto della raccomandazione, ossia la necessità di una rinnovata collaborazione tra gli Stati e le ONG: a tal fine è essenziale, secondo la raccomandazione, che gli Stati abbandonino alcune prassi particolarmente nocive[438], tra cui in primis il dirottamento delle chiamate di aiuto provenienti dalla zona SAR libica al JRCC, per le quali invece gli Stati Membri devono assumersi la responsabilità, in secundis il sostegno a campagne denigratorie o persecutorie nei confronti delle ONG, sia da parte di esponenti politici che dall'autorità giudiziaria, che vanno invece sostituite con un'opera di sensibilizzazione sull'importanza dell'operato delle stesse; infine, l'eliminazione di ogni tipo di sanzione o deterrente volti a ostacolare l'attività di "Search and Rescue" portate avanti dai comandanti delle ONG in conformità con il diritto internazionale.

Come anticipato all'inizio del capitolo, la vicenda della "Sea Watch 3" può essere considerata come l'emblema del deterioramento dei rapporti tra gli Stati del Mediterraneo e le ONG, per cui non deve sorprendere che questa sia stata citata due volte nel documento in esame: la prima per criticare l'introduzione di norme che impediscano indirettamente alle navi di operare attivamente in mare, come la previsione da parte del governo olandese, stato di bandiera della "Sea Watch 3", di requisiti di sicurezza ulteriori per consentire la navigazione delle navi di proprietà delle ONG[439]; la seconda è ovviamente la politica dei "porti chiusi" introdotta in Italia, che,

---

[437] Raccomandazioni del CdE, Lives saved. Rights Protected, p. 21: *«The role of the JRCC is problematic on several counts. For one, NGOs have called attention to several incidents in which the JRCC was found to be unresponsive to distress calls. When the JRCC has assumed coordination of rescue operations, this has sometimes led to instructions to NGOs to refrain from rescuing people and to wait for the Libyan Coast Guard, even when NGOs were already on the scene or in closer proximity to the distress situation than the Libyan Coast Guard. There are also several reports of NGOs being warned or threatened to leave the scene of an incident. Furthermore, there have been worrying allegations that Libyan Coast Guard vessels, when rescuing or intercepting persons at sea, have done so in a manner that put lives at risk. Importantly, when the JRCC coordinates rescue operations, this invariably results in the disembarkation of the intercepted persons in Libya, despite the fact that it cannot be considered a place of safety»*.

[438] Raccomandazione del CdE, Lives saved. Rights Protected, p. 40.

[439] Raccomandazione del CdE, Lives saved. Rights Protected, p. 39: *«It also comprises the introduction of stricter requirements that were not previously in place. In this context, the Commissioner particularly notes the example of the introduction of new safety requirements by the Dutch government, which prevented the NGO ship Sea-Watch 3 from resuming its rescue operations»*.

anche quando accompagnata da un'opera di assistenza in mare, appare illegittima in relazione all'obbligo di assegnare nel minor tempo possibile un POS, oltre alle criticità riguardo la compatibilità della privazione ingiustificata della libertà dei migranti a bordo per un periodo di tempo indeterminato con l'art. 5 della CEDU[440].

In conclusione, è chiaro che l'obiettivo della raccomandazione sia quello di promuovere una rinnovata collaborazione tra gli operatori privati e istituzionali impegnati nel Mediterraneo, che da una parte valorizzi l'autonomia decisionale dei comandanti, responsabili della vita dell'equipaggio e dei passeggeri, i quali devono godere della discrezionalità necessaria a *«prendere qualunque decisione che, secondo il loro apprezzamento professionale, risulta necessaria alla tutela della vita umana[441]»*, anche con riguardo al luogo migliore per lo sbarco, tenendo conto delle condizioni metereologiche e dei rischi di violazione dei diritti umani, e dall'altra guidi gli Stati verso una gestione della crisi migratoria improntata non più sulla sovranità quanto sulla solidarietà.

[440] Raccomandazione del CdE, Lives saved. Rights Protected, p. 31: *«Human rights concerns may also arise from such situations when they result in the de facto deprivation of liberty of rescued persons by blocking their disembarkation from rescue vessels. When confinement on board is the result of state action, this may give rise to questions over the lawfulness of deprivation of liberty, and the existence of sufficient safeguards, such as judicial review, under Article 5 of the Convention».*

[441] S. ZIRULIA, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa,* www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019. Si riporta comunque la frase originale in lingua inglese, presente a pag. 29 della Raccomandazione del CdE, Lives saved. Rights Protected: *«Shipmasters have discretion to take any decision that, in their professional judgement, is necessary to ensure the safety of life at sea».*

Considerazioni finali

I tre casi esaminati, pur nelle diversità che necessariamente discendono dalle situazioni concrete, possono essere utilizzati come base per un'analisi complessiva della risposta giurisprudenziale rispetto alla crisi migratoria in primis, ma anche rispetto alla politica attuata dall'Italia per contrastarla.

Lo scarso successo ottenuto presso la magistratura giudicante dalle ultime riforme del T.U. sull'immigrazione, ispirate alla linea dei "porti chiusi" e del contrasto all'attività di soccorso delle Organizzazioni Non Governative, traspare chiaramente da due fattori: da un lato è molto eloquente la mancanza, ad oggi, di una sentenza di condanna che riconosca in via definitiva la piena responsabilità penale in capo all'equipaggio di una ONG, nonostante il considerevole numero di procedimenti giudiziari avviati dalle Procure a carico delle stesse; dall'altro simile "resistenza" è stata mostrata anche da parte della magistratura amministrativa, come recentemente testimoniato dalla scelta del TAR di sospendere il divieto emanato di concerto dai Ministri dell'Interno, della Difesa e delle Infrastrutture secondo quanto previsto nell'art. 11 comma 1-ter del T.U. sull'immigrazione, appena introdotto, nel caso della nave "Open Arms" [442].

A meno di non voler ricercare la causa dell'evidente riluttanza della magistratura in una sua generalizzata predisposizione di natura politica, conclusione che, oltre ad essere semplicistica, vanificherebbe del tutto l'opera di studio svolta in questa trattazione, l'unica risposta possibile non può che essere fondata sulla chiarezza della disciplina imposta dal dato normativo, soprattutto internazionale, che vincola tanto il legislatore nazionale quanto l'interprete.

Il vigente sistema normativo internazionale, composto dalle Convenzioni ratificate dall'Italia nell'ultimo secolo, dedica enorme considerazione alla tutela dei

[442] Si fa riferimento al decreto sospensivo emesso dal TAR Lazio il 14 agosto ai sensi dell'art. 21 comma 9 della Legge TAR, a causa del rilevamento di *«un eccesso di potere per travisamento dei fatti e di violazione delle norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso in mare»*. La decisione sarebbe stata influenzata, oltre che dalle condizioni di "eccezionale gravità e urgenza" necessarie per l'applicazione di misure cautelari provvisorie, anche dalle condizioni meteo in forte peggioramento. Per ulteriori informazioni, si veda A. CAMILLI, *Open Arms verso Lampedusa, il Tar sospende il decreto sicurezza*, in www.internazionale.it, 14 agosto 2019.

diritti umani, e se ciò è particolarmente evidente per la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 o la Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951, anche il diritto internazionale marittimo si è mosso nella medesima direzione, ad esempio con la Convenzione "SOLAS" del 1974, la Convenzione "SAR" del 1979 e la Convenzione di Montego Bay del 1982: quest'ultime, insieme alle altre numerose fonti già analizzate nei capitoli precedenti[443], hanno costruito una disciplina finalizzata a limitare al minimo le occasioni di controversia tra gli Stati, garantendo così la massima tutela della vita e dei diritti umani delle persone in mare.

Una materia che esemplifica perfettamente quanto affermato è proprio quella del soccorso in mare: l'art. 98 della Convenzione di Montego Bay, oltre a sancire l'obbligatorietà dell'attività di soccorso (e il suo completamento solo con lo sbarco nel porto più vicino) si assicura anche che ogni Stato promuova *« la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea»*, anche in collaborazione con gli altri Stati se necessario; la Convenzione SAR, recentemente riformata con la Risoluzione MSC 167-78 (Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare) proprio in risposta alle continue divergenze riguardo il Paese responsabile della coordinazione delle operazioni di soccorso, ha rimarcato il dovere in capo allo Stato nella cui zona SAR è avvenuta la richiesta di soccorso, o in via sussidiaria quello contattato per primo, di *«ridurre al minimo le deviazioni rispetto alla rotta prevista»*, e assicurarsi che *«lo sbarco sia effettuato al più presto»* e *«in un luogo sicuro»*.[444]

La disciplina internazionale che vincola il nostro Paese in tema di immigrazione è adamantina: l'Italia, quando coinvolta in prima persona in un evento SAR secondo i parametri anzidetti, deve assicurare che le attività di soccorso siano svolte nel minor tempo possibile, individuando un POS (*Place of Safety*) nel territorio nazionale o in qualunque altro luogo dove sia garantito il pieno rispetto dei diritti delle persone recuperate; questo comporta non solo l'impiego diretto di mezzi appartenenti allo Stato, ma anche ogni possibile sostegno ai comandanti di nave private, ONG in

[443] V. supra, Cap. II §§ 2. Per uno studio specifico sulle fonti di origine comunitaria, si veda invece Cap. II §§ 3.

[444] Sul concetto di "luogo sicuro", si richiama l'art. 33 comma 1 della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951: *«Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»*.

primis, che coadiuvano i Paesi del Mediterraneo nelle operazioni di Search and Rescue.

E non sembra che tale principio possa venire disatteso dall'Italia sulla base di una qualsiasi causa di divergenza tra l'Italia e le ONG sul versante operativo, almeno fino a quando la presa di posizione di quest'ultime rimanga conforme al diritto internazionale: un chiaro esempio è l'asserita "sottrazione" di migranti dalle acque territoriali libiche per portarli in Italia, ottenuta tramite l'estrema vicinanza delle organizzazioni umanitarie alle coste di Tripoli e il rifiuto categorico a collaborare con la Guardia Costiera locale o ottemperare agli ordini dell'IMRCC che indicano un porto libico come sicuro; un altro è la scelta, da parte dei comandanti delle imbarcazioni di soccorso, di dirigersi verso le coste italiane anziché rivolgersi ai Paesi di bandiera della nave o di provenienza della ONG, alcuni dei quali neanche possiedono uno sbocco sul Mediterraneo.

Le due condotte appena descritte, insieme all'accusa di costituire un "*pull factor*"[445] per il traffico di immigrati clandestini, sono le fondamenta su cui si è basata la campagna di criminalizzazione delle organizzazioni umanitarie, condivisa e alimentata dalle diverse correnti politiche presenti in Europa, che ha portato all'adozione di misure inibitorie delle loro attività, sia tramite la semplice chiusura dei porti, sia con la previsione di norme specifiche (anche di natura penale) che ostacolano o sanzionano le loro legittime operazioni di soccorso, spingendo così la magistratura requirente ad avviare dei procedimenti giudiziari nei loro confronti.

Alla luce del dato normativo internazionale, l'opinione di chi scrive si allinea invece con l'orientamento che ritiene tali comportamenti del tutto legittimi: gli accordi bilaterali stretti dall'Italia con la Libia sono stati criticati duramente da numerosi organi internazionali, tra i quali l'UNHCR in primis, ma anche il Consiglio d'Europa e la Commissione europea, a causa dei diversi e documentati episodi di disinteresse e violenza manifestati dalle autorità libiche, e per tale ragione appare condivisibile il recente indirizzo giurisprudenziale che corrobora la volontà delle ONG di dirigersi verso le nostre coste a discapito di quelle libiche.[446]

[445] V. supra, Cap. I §§ 5.1.
[446] V. sent. del GUP di Trapani del 23 maggio 2019.

Simile discorso vale anche per la preferenza accordata alle coste italiane piuttosto che a quelle dei Paesi vicini: i porti di Libia e Tunisia, vista la mancanza di una normativa consona in materia di diritti umani, non sono candidati adatti ; Malta ha una capacità ricettiva infinitamente inferiore rispetto a quella italiana, per cui il MRCC (Maritime Rescue Coordination Centre) di La Valletta spesso rifiuta o ignora le richieste d'aiuto che, provenendo in massima parte da acque internazionali o dalla zona SAR condivisa con l'Italia, alla fine costringono il nostro Paese a farsi carico del soccorso; infine, è risaputo che sin dall'anno scorso tanto la Spagna quanto la Grecia stanno accogliendo un numero di migranti maggiore rispetto all'Italia[447], per cui non vi è nessun motivo per cui una ONG con un carico di migranti recuperato nel golfo libico dovrebbe allungare in maniera così accentuata la propria rotta ignorando invece le vicinissime coste italiane, violando così l'unico precetto posto in capo ai comandanti, ossia quello di recarsi al porto sicuro più vicino.

La protezione dei confini da parte dello Stato, in cui rientra senza dubbio il potere di controllo dei flussi migratori, costituisce una prerogativa imprescindibile della sovranità nazionale, ma, in via di bilanciamento, non può essere raggiunta in maniera tale da ledere i diritti umani tutelati nelle numerose fonti già richiamate.

Questo è il principio che viene chiaramente affermato nella richiesta di autorizzazione a procedere al Senato nei confronti dell'ex Min. dell'Interno Matteo Salvini da parte del Tribunale dei Ministri di Catania, nel caso "Diciotti" esaminato in precedenza; qui viene precisata la netta indipendenza reciproca tra l'obbligo di soccorso e l'obbligo di accoglienza dei migranti recuperati, derivanti rispettivamente dal diritto internazionale e dal diritto europeo[448] e, di conseguenza, si asserisce l'assoluta irrilevanza dell'eventuale ridistribuzione dei migranti recuperati sul dovere dello Stato di fornire un POS.

Sebbene l'asserita responsabilità penale del Min. dell'Interno, nel caso richiamato, sia stata ritenuta sussistente sulla base della violazione di una procedura

[447] A. MASSARIOLO, *Migranti: quanti ne sono arrivati nel 2018 e quali Paesi hanno accolto di più*, www.ilbolive.it, 14 gennaio 2019. L'analisi complessiva ha indicato una sensibile inversione di tendenza tra i tre Paesi richiamati: in Spagna gli sbarchi dei migranti via mare sono passati 4.552 del 2014 ai 58.569 del 2018, per un totale di 63.000 persone (37.000 in più rispetto al 2017); la Grecia è al secondo posto con 33.000 persone (3.000 in più dell'anno precedente); l'Italia nel periodo attuale si colloca al terzo posto, con 119.000 arrivi nel 2017, 23.000 nel 2018 e infine meno di 3.500 nel 2019.
[448] Si fa riferimento ai noti Regolamenti di Dublino. Per un'analisi più approfondita v. supra, Cap. II §§ 3.1.

interna, l'applicabilità della stessa non poteva essere separata dalla legittimità della richiesta di POS in primis, che a sua volta dipende dalle Convenzioni richiamate: per questo motivo sembra corretto dedurre il principio della prevalenza, nel bilanciamento tra la generica "pubblica sicurezza" e la tutela dei diritti umani, dei secondi rispetto alla prima.

Si è parlato appositamente di bilanciamento, perché sarebbe altrettanto erroneo ritenere che qualsiasi comportamento messo in atto dalle ONG, purché finalizzato all'adempimento del dovere di soccorso in mare, fosse da ritenere automaticamente impunibile in virtù delle scriminanti dello stato di necessità o adempimento di un dovere; il concetto stesso di causa di giustificazione ne richiede un'applicazione estremamente rigorosa, in quanto *«facoltizza o impone quel medesimo fatto che costituirebbe reato*[449]*»*, e quindi deve essere messo un limite chiaro al suo utilizzo.

La giurisprudenza italiana si sta muovendo negli ultimi anni in questa direzione, distinguendo, all'interno della medesima attività di soccorso, le condotte che devono essere considerate lecite da quelle la cui antigiuridicità non può essere giustificata, e i casi appena visti ne sono la prova: nella vicenda della "Iuventa" [450] sia il G.I.P. che il Tribunale del riesame si sono trovati concordi sulla presenza del *fumus* di reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina necessario per la convalida del sequestro, in quanto le intese coi trafficanti prospettate dalla Procura, insieme al rifiuto di collaborare in buona fede con le autorità italiane per il contrasto al traffico di migranti, sono azioni che, seppur finalizzate alla costruzione di un rapporto di fiducia con gli scafisti e quindi al salvataggio di più vite nel lungo termine, non possono essere ricomprese nella rigorosa tutela offerta dalle cause di giustificazione.

Tracciare una pacifica distinzione all'interno di un contesto così controverso non è però un lavoro privo di punti di conflitto, come evidenziato dalla divisione nata in seguito all'ordinanza del GIP di Agrigento che ha ritenuto di escludere la sussistenza dei presupposti per la convalida dell'arresto del capitano della "Sea watch 3", Carola Rackete, per i reati di cui all'art. 1100 cod. nav. (Resistenza o violenza contro nave da guerra) e art. 337 c.p. (Resistenza a un pubblico ufficiale), nonostante lo speronamento

[449] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* Zanichelli Editore S.p.A., Bologna 2014
[450] V. supra, Cap V §§ A).

volontario di una motovedetta della Guardia di Finanza nel tentativo di attraccare forzosamente nel porto di Lampedusa.

Al di là delle discusse motivazioni sulla connotazione o meno del mezzo come una "nave da guerra", presupposto essenziale del primo delitto contestato[451], il dubbio più importante, ai fini del ragionamento che qui si svolge, ruota attorno alla scelta del giudice di non sanzionare l'atto illecito in quanto compiuto nell'adempimento di un dovere derivante dal diritto internazionale.

Premesso che tanto nel caso in esame quanto in quello della "Iuventa", prima richiamato, non viene mai messo in discussione il fine umanitario alla base delle condotte contestate, ma anzi è pacificamente riconosciuto dai giudici, nella prima vicenda il GIP di Trapani ha ritenuto che non fosse sufficiente a scriminare la condotta antecedente e successiva al salvataggio, ma al massimo potesse avere valore di attenuante[452]; nella seconda invece il GIP di Agrigento ha di fatto eliminato in via di principio la connotazione antigiuridica di qualsiasi condotta, purché finalizzata allo sbarco dei migranti in conformità al diritto internazionale.

Le perplessità appena esposte sono state sollevate anche da diversi autorevoli esponenti appartenenti sia all'ambiente giurisprudenziale che dottrinale: alcuni hanno lamentato che *«quell'atto nei confronti della motovedetta appare del tutto sproporzionato al fine perseguito, configurandosi come attività che ne travalica la copertura della tutela dei diritti degli immigrati, anche in considerazione del fatto, al di là della violenza seppur ricondotta a un "urto", che metteva a rischio l'incolumità degli agenti della Guardia di Finanza che stavano svolgendo una legittima attività[453]».*

Altri invece, secondo un ragionamento più ampio rispetto al caso concreto, hanno attaccato la "presunzione" del GIP di poter dichiarare illegittima[454] la legge

[451] Per un confronto delle principali sentenze in materia v. supra, Cap. V §§ A)1.2.
[452] V. supra, nota 352.
[453]G. SPANGHER, *SEA WATCH 3: Rimangono forti dubbi di Giorgio Spangher*, in www.giustiziainsieme.it, 23 luglio 2019. L'autore non condanna a prescindere qualsiasi atto di disobbedienza atto a tutelare i diritti umani, ma riduce la portata dell'art. 51 c.p., ritenendo che *«non ogni atto teso a questo fine possa essere ricondotto nell'esercizio di un diritto, soprattutto quando quella tutela che con la propria attività si è inteso assicurare ha perseguito il suo fine sostanziale e non può essere più pregiudicato».*
[454]Si riporta l'estratto dell'ordinanza cui si riferisce il commento della nota successiva: «*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 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 Ministro degli Interni di concerto con il Ministro della*

ordinaria in materia, nel caso concreto il decreto sicurezza-bis, alla luce della normativa internazionale: è stato osservato che «*la scriminante di cui all'art. 51 Codice penale (l'adempimento del dovere), che il Gip ha utilizzato per ritenere legittimo l'operato del comandante della Sea Watch, è del tutto insussistente. Il dovere discenderebbe da norme internazionali che però sono in contrasto con una legge dello Stato. Ma, solo ove quest'ultima fosse dichiarata incostituzionale, potrebbe ritenersene obbligatoria l'osservanza. Fino ad allora, violare la legge italiana non è un dovere ma un reato*»[455].

In realtà, con riguardo all'ultimo punto, sembra doveroso aggiungere, al di là dei possibili rilievi di illegittimità costituzionale dell'art. 11 comma 1-ter del T.U. imm., di cui già si è ampiamente trattato[456], nel caso concreto la dichiarazione di incostituzionalità non sembra necessaria al riconoscimento dell'adempimento di un dovere: l'articolo richiamato garantisce semplicemente al Min. dell'interno il potere astratto di emettere il divieto, includendo nel suo giudizio di discrezionalità *« le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare».*

Di conseguenza, nel caso in esame, non è la disposizione del T.U. imm. ad essere incostituzionale, ma rimane illegittimo, agli occhi del GIP siciliano, il singolo decreto emanato dal Viminale il 15 giugno, proprio perché non conforme alla norma internazionale cui l'art. 11 comma 1-ter fa riferimento.

Un elemento su cui invece vi è sostanziale unanimità in sede giurisprudenziale, è il principio su cui viene fondata la giurisdizione italiana sulle condotte di reato manifestatesi *ab initio* in acque internazionali che però hanno delle ripercussioni sul nostro Paese, elaborato in primis per poter perseguire il modus operandi della "nave madre" utilizzato dai trafficanti, ma poi applicato anche nel caso della "Iuventa" nei confronti della ONG "Jugend Rettet", le cui condotte contestate avevano avuto luogo tutte esclusivamente in alto mare.

Difesa e delle Infrastrutture (ex. art 11, comma 1-ter T.u. Imm.) che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave Sea Watch 3, nel mare territoriale nazionale».

[455] B. TINTI, *Ordinanza giuridicamente errata*, in www.ItaliaOggi.it, 04 luglio 2019.

[456] V. supra, Cap III §§ 4.3.

Il limite della "territorialità" sancito dall'art. 6 c.p. è stato ormai pacificamente superato dalla giurisprudenza nostrana, a partire da quella di legittimità[457], che concepisce la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina come unitaria, che perdura sin dal momento della partenza fino all'arrivo in Italia e comprende al suo interno sia l'eventuale soccorso svolto dagli operatori privati e istituzionali sia la decisione sul luogo dello sbarco operata dall'IMRCC, in quanto atti resi obbligatori dal diritto internazionale, e quindi voluti e cagionati dai trafficanti stessi.

Questa tesi, che si ispira, non senza critiche[458], alla teoria dell'autoria mediata descritta all'art. 54 comma 3 c.p.[459], ha un doppio risvolto, perché da una parte consente di contrastare in maniera efficace il traffico di migranti, dall'altra legittima l'attività di soccorso delle ONG che, pur contribuendo senza dubbio sia materialmente che moralmente al proposito criminoso dei trafficanti, di fatto agiscono con l'intento esclusivo di salvaguardare il maggior numero di vite possibili e in conformità col diritto internazionale.

Chiarito anche quest'ultimo punto, sembra sufficientemente delineato il percorso giurisprudenziale portato avanti dalla magistratura di merito e di legittimità per fare fronte al fenomeno della crisi migratoria degli ultimi anni, e in particolare la risposta al quesito che è stato posto alla base di questa trattazione, ossia l'imputabilità delle ONG per il reato di cui all'art. 12 comma 1 del T.U. imm.: "promuovere, dirigere, organizzare, finanziare o effettuare il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compiere altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato".

Alla luce di quanto osservato, l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente maggioritario ritiene che l'opera di soccorso e trasporto dei migranti messa in atto dalle ONG integri la fattispecie di reato in esame, ma allo stesso tempo debba essere scriminata ai sensi dello stato di necessità ex art. 54 c.p., costituito dal serio pericolo di morte che affrontano i barconi lasciati alla deriva, oppure ai sensi dell'adempimento

---

[457] Si ricorda, per tutte, Cass. pen. sez. I, n. 14510/2014, in cui si legge che «*la condotta dei trafficanti non può essere frazionata, ma deve essere valutata unitariamente*».
[458] V. supra, Cap. III §§ 3.1.
[459] Art. 54 comma 3 c.p.: «*La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo*».

di un dovere ex art. 51 c.p., che deriva dalle numerosissime fonti di diritto interno, europeo, e internazionale che sono state descritte nel presente elaborato.

Tuttavia, quanto appena enunciato trova il suo limite nella strettissima correlazione che deve intercorrere tra l'attività di soccorso e la richiesta di aiuto: in accordo con quanto espresso dal GIP di Trapani nel caso della "Iuventa", e in opposizione con quanto invece sostenuto dal GIP di Agrigento nel caso della "Sea Watch 3", la scusabilità non può investire qualsiasi azione criminosa purché finalizzata all'adempimento del dovere di soccorso, ma solo quelle attività che sono improcrastinabili in quanto necessarie per la messa in sicurezza dei migranti, e non anche quelle finalisticamente orientate al futuro salvataggio di altre persone, soprattutto se al costo di ostacolare le autorità nel perseguimento dei trafficanti.

Anche la disobbedienza alle indicazioni dell'IMCRR e ai divieti d'ingresso imposti dalle autorità italiane può trovare giustificazione penale quando quest'ultimi violino i vincoli internazionali incorporati nel nostro ordinamento e ledano il diritto alla vita, alla sicurezza e alla richiesta di protezione internazionale che da essi derivano: in questo caso la scelta non può che essere rimessa all'apprezzamento del giudice nel caso concreto, che deve essere guidata dal principio di proporzionalità rispetto agli altri beni giuridici protetti.

Si auspica che in futuro la giurisprudenza riesca a superare la visione antagonistica che ad oggi contrappone necessariamente la tutela dei confini nazionali e quella dei diritti umani, ma prima che ciò possa avvenire è assolutamente prodromico un primo passo da parte del legislatore, sia interno che comunitario, che vada oltre l'attuale gestione "emergenziale" dell'immigrazione e intraprenda una strada improntata alla solidarietà tra gli Stati Membri e l'integrazione dei migranti accolti.

BIBLIOGRAFIA

- **A. CAMILLI**, *Le navi delle ong influiscono sulle partenze di migranti dalla Libia?*, in www.internazionale.it, 21 gennaio 2019.
- **A. CAMILLI**, *Open Arms verso Lampedusa, il Tar sospende il decreto sicurezza*, in www.internazionale.it, 14 agosto 2019.
- **A. MARCHESI**, *Organizzazioni non governative (diritto internazionale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- **A. MASSARIOLO**, *Migranti: quanti ne sono arrivati nel 2018 e quali Paesi hanno accolto di più*, www.ilbolive.it, 14 gennaio 2019.
- **A. NADELMANN**, *Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society*, in *The IO Foundation*, 1990
- **AA.VV (ANSA)**, *Cosa prevede la missione Triton*, in www.internazionale.it, 31 ottobre *2014*.
- **AA.VV. (CdE)**, *Lives saved. Rights Protected*, https://rm.coe.int, 2019.
- **AA.VV. (CNF)**, *Cooperazione internazionale in materia di soccorso in mare: normativa interna e convenzionale. Compatibilità della normativa interna e convenzionale con l'operazione "Mare Nostrum",* in www.scuolasuperioreavvocatura.it, 9 maggio 2014.
- **AA.VV.** (**FRONTEX)**, *Risk analysis for 2017*, Varsavia, 2017
- **AA.VV**. **(OCSE)**, *Fighting Corruption: What Role For Civil Society? The Experience of the OECD,* in www.oecd.org, 2003.
- ***AA.VV.***, *Al via Themis, la nuova operazione navale di Frontex*, in www.interno.gov.it, 01 febbraio 2018.
- **AA.VV.**, *Immigrati, Frontex 'preoccupata' per troppi interventi fuori area*, in www.adnkronos.it, 09 dicembre 2014.
- **AA.VV.**, *Le accuse contro le ong, smontate, in www.ilpost.it, 03 maggio 2017.*
- **AA.VV.**, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113,* www.agi.it, 15 ottobre 2018
- **AA.VV.**, *Renzi, depenalizzazione immigrazione clandestina non in prossimo Cdm*, www.agi.it, 10 gennaio 2016.
- **AA.VV.**, *Sbarchi fantasma, 1.284 persone nel 2019 sfuggite all'identificazione,* www.ilsole24ore.com, 9 luglio 2019
- **ANNONI**, *Traffico di migranti via mare: l'ambito di applicazione della legge penale italiana*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2015.
- **ANTONUCCI - P. CAIAZZA - M. FANTINATO**, *L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare, con particolare riguardo alle operazioni aeronavali della guardia di finanza nel contrasto ai trafficanti di migranti nel Mediterraneo*, in *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea* (a cura di ANTONUCCI, PAPANICOLOPULU, SCOVAZZI), Torino, 2016.
  Associazione diritti e frontiere-ADIF, www.a-dif.org , 09 marzo 2017.
- **B. TINTI**, *Ordinanza giuridicamente errata*, in www.ItaliaOggi.it, 04 luglio 2019

- **C. A. ZAINA**, *Il delitto di procurato ingresso illecito (art. 12 d.l.vo 286/98 e successive modifiche)*, in www.*diritto.it*, 3 aprile 2008.
- **C. CICIRIELLO**, *La soggettività internazionale delle organizzazioni non governative: un problema ancora aperto*, La CI, 2008.
- **CAMILLI**, *Il teorema Zuccaro sulle ong è fallito*, www.internazionale.it, 15 maggio 2019.
- **CAPUTO**, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli Editore, 2006.
- **CAPUTO**, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali, in Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. CAPUTO e G. FIDELBO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, Torino 2011.
- **CAVALLO**, *La Corte penale internazionale vuole aprire un'inchiesta per crimini contro i migranti in Libia*, www.msoithepost.org, 31 maggio 2019.
- **CERASE**, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della legge Bossi*-Fini, in *Diritto penale e processo*, 2002
- **COLOMBO – G. SCIORTINO**, *Stranieri in Italia - Assimilati ed esclusi*, il Mulino, Bologna, 2002.
- **CONFORTI**, *La Carta dei diritti fondamentali l'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *Scritti di diritto internazionale*, vol. II, Napoli, 2003.
- ***D. PADOAN,*** *Perché danno fastidio le Ong che salvano i migranti in mare?, in*
- **E. GRAMAGLIA**, *La schizofrenia dell'accoglienza*, www.paginauno.it, 2008
- **E. LANZA**, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto&Diritti*, ottobre 2001
- **E. TRAMONTANA**, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, CEDAM, 2013.
- **F. CAFFIO - U. LEANZA**, *Il SAR mediterraneo - La ricerca e soccorso nel diritto marittimo: l'applicazione della Convenzione di Amburgo del 1979*, in www.fondazionemichelagnoli.it, giugno 2015
- **F. MANTOVANI**, *Diritto penale*, CEDAM, Padova 2017.
- **F. MUSSI**, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative, in Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.
- **F. PACELLA**, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, www.penalecontemporaneo.it, aprile 2018.
- **F. PELLEGRINO**, *In tema di abbandono di migranti in acque internazionali per provocare interventi di soccorso*, in www.dirmar.com, 2014.
- **F. S. L. LYON**, *Internationalism in Europe*, A. W. Sythoff, 1963.
- **F. SALVI**, *Ecco perché una motovedetta della Guardia di Finanza può essere definita "Nave da guerra"*, www.forumiuris.it, 08 luglio 2019
- **F. SPIEZA – F. FREZZA – N. M. PACE**, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Giuffrè, Milano, 2003
- **F. V. PALEOLOGO**, *Considerazioni a margine del caso Juventa e della criminalizzazione del soccorso umanitario in acque internazionali*, in www.a-dif.org, 08 ottobre 2017
- **F. V. PALEOLOGO**, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno,* in www.questionegiustizia.it, 2018.

- **F. V. PALEOLOGO**, *Respingimenti di migranti in acque internazionali e diritto alla vita*, in www.meltingpot.it, 12 maggio 2008
- **FIANDACA – E. MUSCO**, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli Editore S.p.A., Bologna 2014
- **G. DE VERO**, *Corso di diritto penale II*, Giappichelli Editore, Torino 2017.
- **G. GIACOBINI**, *L'indagine sulla ong Open Arms è stata archiviata per mancanza di prove*, www.wired.it, 15 maggio 2019.
- **G. MARINUCCI - E. DOLCINI**, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano 2017
- **G. SARDELLONE**, *USA-Libia: un rapporto complesso*, www.difesa.it, 24 gennaio 2013.
- **G. SPANGHER**, *SEA WATCH 3: Rimangono forti dubbi di Giorgio Spangher*, in www.giustiziainsieme.it, 23 luglio 2019
- **H. KOH**, *Transnational Legal Process*, in Yale Law School, 1996
- **L. CAPONE**, *Ma non ho le prove. Il pasolinismo di Zuccaro*, www.ilfoglio.it, 28 aprile 2017.
- **L. FREGENI**, *La depenalizzazione si arresta di fronte al reato di immigrazione clandestina*, www.federalismi.it, 27 luglio 2017
- **L. GIORDANO**, *I delitti di "favoreggiamento" dell'immigrazione clandestina: la giurisprudenza di legittimità*, in www.quotidianogiuridico.it, 18 marzo 2019.
- **L. SALAMONE – V. CAIOLA**, *Caso "Cap anamur": è sufficiente il fumus del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina perché sequestro della nave sia legittimo*, in *Diritto & Diritti*, 2005
- **L. SALAMONE**, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto interno, europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, Torino 2011.
- **L. TOMASETTA**, *Catania, nuova indagine sulla Ong spagnola Open Arms*, www.tpi.it, 11 luglio 2018
- **M. FAZIO**, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *La legislazione penale*, 25 giugno 2018.
- **M. LECCHI**, *Codice di condotta per le ONG, il testo e il commento*, www.pensierodioggi.wordpress.com, 17 agosto 2017.
- **M. N. TOPI**, *Diritti umani: Libia, commissariato Onu denuncia 'orrori inimmaginabili*, www.onuitalia.com, 25 marzo 2019.
- **M. P. LA SPINA**, *Note in tema di giurisdizione sull'immigrazione irregolare via mare*, in *GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente,* 2017.
- **M. T. TRAPASSO**, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata" in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in www.archiviopenale.it, 26 luglio 2017.
- **MARTENS**, *Mission impossible? Defining Non-Governmental Organizations*, in *International Journal of Voluntary and Non-profit Organizations*, 2002.
- **MASERA**, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2019.
- **P. B. BOLLONE**, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano 2003
- **P. SOLDINI**, *La Corte di Strasburgo respinge il ricorso della Sea Watch "ma l'Italia tuteli i migranti"*, www.strisciarossa.it, 25 giugno 2019

- **P. WINTOUR**, *NGO rescues off Libya encourage traffickers, says EU borders chief, in www.theguardian.com, 27 febbraio 2017.*
- **P. ZACCARIA**, *Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina alla luce delle modifiche apportate al T.U. 286/1998 dalla L. 189/200,* in www.altalex.com, 03 febbraio 2004
- **PICONE**, D*iritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale,* in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982
- **R. BARBERINI**, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in www.questionegiustizia.it, 18 settembre 2017
- **R. BARBERINI**, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare,* in www.questionegiustizia.it, 18 settembre 2017.
- **R. BARTOCCINI**, *EUNAVFORMED "Sophia", ammiraglio Enrico Credendino,* in www.difesaonline.it, 3 agosto 2016.
- **R. SAVIANO**, *Sulla partita dei migranti si gioca l'idea di Europa,* in *www.repubblica.it*, 13 maggio 2019
- **RONZITTI**, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione,* in *Contributi di Istituti di ricerca specializzati (IAI),* n.108, gennaio 2009.
- **S. BELLADONNA**, "*Il reato di immigrazione clandestina in Europa"*, in *Europae*, 2013
- **S. BERNARDI**, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 maggio 2018
- **S. CAMAIONI**, *Il concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 2009.
- **S. CHARNOVITZ**, *Two centuries of participation: NGOs and International Governance,* Yale University, 1997
- **S. CURRERI**, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018(c.d. "decreto sicurezza"),* in www.federalismi.it., 21 novembre 2018.
- **S. FELICIONI – J. E. VEAS**, *Rimessa alle sezioni unite la questione sulla natura delle fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione: circostanze aggravanti può fattispecie autonome di reato?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 giugno 2018
- **S. MARCHISIO**, *Le organizzazioni non governative internazionali e la cooperazione allo sviluppo,* in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli"* anno I, n. 3/1987
- **S. MARCHISIO**, *Le organizzazioni non governative internazionali*, Palombi Editore, 1985.
- **S. QUADRI**, *Sovranità funzionale e immigrazione nel diritto internazionale: il caso europeo,* Editoriale scientifica, Napoli, 2018
- **S. VELI**, *In principio fu Iuventa*, www.ilmanifesto.it, 10 aprile 2019
- **S. VIGLIONE**, *Jus cogens: il nocciolo duro del diritto internazionale*, in www.iusinitinere.it, 25 marzo 2019
- **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 www.penalecontemporaneo.it, 26 giugno 2019
- **S. ZIRULIA- F. CANCELLARO,** *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere,* www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019

- **S. ZIRULIA**, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019
- **S. ZIRULIA**, *L'ordinanza del GIP di Agrigento sul caso Sea Watch (Carola Rackete)*, www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2019
- **S. ZIRULIA**, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa,* www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019.
- **S. ZIRULIA**, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa,* www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019
- **T. CAMARDA**, in *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi di immigrazione clandestina*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti, dell'ambiente*, 2007
- **T. SCOVAZZI**, in *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003
- **U. LEANZA**, *Legittima difesa, autopreservazione e stato di necessità nel Diritto internazionale*, in *Foro pen*., 1963
- **U. LEANZA**, *Nuovi saggi del diritto del diritto del mare*, Torino, 1988
- **V. CITRARO**, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e stato di necessità*, in www.deiurecriminalibus.altervista.org.
- **V. MUSACCHIO**, *Manuale pratico di diritto dell'immigrazione*, CEDAM, 2005
- **W. M. REISMAN**, *Law in brief encounters*, New Haven, 1999