

ROSSELLA FONTI - VICO VALENTINI

**Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte: una
decisione che non si condivide (proprio perché la
si comprende)***

Il contributo evidenzia le criticità logico-argomentative, sostanziali e processuali che costellano la recente sentenza della Suprema Corte sul 'caso Rackete', segnalando la pericolosa permeabilità dell'ermeneutica penale di settore ad istanze politico-ideologiche e di giustizia materiale.

The Sea Watch 3 case and the three-card game: a decision that is not shared (precisely because it is understood)

The paper criticizes the judgment of the Supreme Court on 'Rackete case' from both a procedural and a substantive point of view, pointing out the criminal-case-law permeability to ethical and political issues.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Sofisticazioni e mistificazioni a proposito del controllo giurisdizionale sull'uso ragionevole del potere di arresto della polizia giudiziaria. - 3. Il doping ermeneutico del dovere di soccorso marittimo. - 4. La *backdoor way* della Corte e i futuribili scenari di merito.

1. *Premessa.* Con la decisione in commento¹, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso proposto dal procuratore della Repubblica di Agrigento avverso il provvedimento del G.i.p. di mancata convalida dell'arresto in flagranza di Carola Rackete per i reati di cui agli artt. 1100 cod. nav. (resistenza o violenza contro nave da guerra) e 337 c.p. (resistenza a pubblico ufficiale), ipotizzati in relazione al segmento finale della manovra di salvataggio condotta dalla Sea Watch 3, ossia nella fase dell'ormeggio sulla banchina del porto di Lampedusa².

L'epilogo cui è giunto il giudice di legittimità era tutt'altro che prevedibile anche a fronte delle considerazioni preliminari svolte nelle prime pagine del considerato in diritto della sentenza, dalla lettura delle quali, anzi, si sarebbe potuto pronosticare un secco accoglimento dell'impugnazione del pubblico ministero: la piena adesione alla ricostruzione delle coordinate sistematiche e dei limiti del controllo giurisdizionale in sede di convalida tracciata dal ricorrente, sulla scia di una pressoché unanime interpretazione giurisprudenziale,

* Il contributo, occasionato dal saggio di SANTORIELLO recentemente apparso in *questa Rivista*, aspira a dialogare in modo critico-costruttivo col predetto Autore; i paragrafi 1 e 2 sono stati confezionati da Rossella Fonti, mentre i paragrafi 3 e 4 da Vico Valentini.

¹ Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, in *www.sistemapenale.it*, 24.2.2020.

² Per una sintesi della dinamica fattuale dell'intera vicenda si rinvia a V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Criminalia*, 2019, 785-788.

sembrava il preludio di una decisione destinata a chiudere la partita al primo nodo problematico sotteso alla vicenda in esame. Senonché l'iniziale presagio del lettore viene bruscamente smentito da una repentina virata. La Suprema Corte afferma, infatti, che il giudice agrigentino, interpretando le disposizioni di cui agli artt. 385 e 391 c.p.p. alla luce delle norme di rango costituzionale concernenti i limiti tassativi al potere della polizia giudiziaria di incidere sulla libertà personale degli individui, ha correttamente esercitato il suo sindacato e ha congruamente argomentato circa l'illegittimità dell'arresto operato in presenza del divieto stabilito dall'art. 385 c.p.p. A quest'ultimo proposito, il giudice di legittimità sostiene, attraverso discutibili ribaltamenti degli argomenti spesi dal ricorrente, che la guardia di finanza avrebbe potuto e dovuto percepire la verosimile sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere di soccorso in mare e, per l'effetto, si sarebbe dovuta astenere dall'effettuare l'arresto. Meno rilevante, ai fini della decisione sul ricorso, è l'ulteriore questione – pure trattata dalla Corte – dell'attribuibilità alla motovedetta della guardia di finanza della qualità di “nave da guerra”, posto che, come evidenziato in sentenza, la (ritenuta) causa di giustificazione opererebbe non solo con riguardo all'ipotesi di reato *ex art. 337 c.p.* ma anche a quella di cui all'art. 1100 cod. nav., rendendo illegittimo l'arresto della *Rackete* in relazione ad entrambe le fattispecie.

2. *Sofisticazioni e mistificazioni a proposito del controllo giurisdizionale sull'uso ragionevole del potere di arresto della polizia giudiziaria.* La parte motiva della sentenza in esame muove dalla ricognizione di alcuni punti fermi dell'elaborazione giurisprudenziale sul sindacato del giudice in sede di convalida. Accuratamente richiamati dall'impugnante nel primo motivo di ricorso³, tali approdi esegetici, che la Suprema Corte mostra di condividere⁴, possono così sintetizzarsi:

i) il vaglio giurisdizionale si sostanzia nella verifica dei presupposti legali dell'arresto – *id est* ipotizzabilità di uno dei reati richiamati dagli artt. 380 e 381 c.p.p., stato di flagranza, rispetto dei termini, mancanza di cause di giustificazione o di non punibilità, nonché, nel caso di arresto facoltativo, gravità del fatto o pericolosità del soggetto – e dell'uso ragionevole del potere attribuito alla polizia giudiziaria⁵;

³ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, ricorso per cassazione in data 16 luglio 2019, in www.giurisprudenzapenale.com, 23.7.2019.

⁴ Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 5-6.

⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 8341, in *Mass. Uff.*, n. 262502; Cass., Sez. VI, 28 novembre

ii) la valutazione non deve estendersi all'apprezzamento sulla responsabilità, oggetto della fase di cognizione del giudizio di merito, e nemmeno all'accertamento della gravità indiziaria e delle esigenze cautelari, riservato al successivo momento dell'applicazione delle misure cautelari⁶. A quest'ultimo proposito, è del tutto pacifico che, pur se contenuti nello stesso provvedimento, la pronuncia sulla convalida e quella sull'applicazione delle cautele sono decisioni distinte - quanto a presupposti, contenuti e mezzi di impugnazione di cui sono passibili - e autonome, nel senso che l'una può essere adottata anche se l'altra è di segno negativo⁷. In quest'ottica, la decisione in commento, condivisibilmente, sottolinea che mentre la convalida guarda al passato,

2013, n. 48471, *ivi*, n. 258230; Cass., Sez. VI, 12 aprile 2012, n. 25625, *ivi*, n. 253022; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2009, n. 6878, *ivi*, n. 243072; Cass., Sez. VI, 21 aprile 2008, n. 21984, *ivi*, n. 240369; Cass., Sez. VI, 28 marzo 2007, n. 21172, *ivi*, n. 236672; Cass., Sez. IV, 22 febbraio 2007, n. 14474, *ivi*, n. 236204; Cass., Sez. IV, 6 aprile 2006, n. 17435, *ivi*, n. 233969; Cass., Sez. II, 1° aprile 2003, n. 20128, *ivi*, n. 225909; Cass., Sez. VI, 10 marzo 2003, n. 19011, *ivi*, n. 227241. In dottrina v., in particolare, ASCIONE-DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, 148; BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza, l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e il fermo*², Milano, 2017, 216; FERRARO, *Arresto e fermo. Le misure precautelari e la loro convalida*, Milano, 1994, 117; FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990, 319; LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Padova, 2011, 384; EAD., *Udienza di convalida: i limiti del controllo di ragionevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1105; G. MANTOVANI, *Arresto, fermo e allontanamento d'urgenza dalla casa familiare*, in *Trattato teorico pratico di diritto processuale penale*, diretto da Illuminati e Giuliani, V, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, a cura di Negri, Torino, 2017, 143; SCOMPARIN, *Arresto e fermo*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario e Marzaduri, *Libertà e cautele nel processo penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1996, 264; VERGINE, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 470.

⁶ V., tra le tante, Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 8341, cit.; Cass., Sez. VI, 28 novembre 2013, n. 48471, cit.; Cass., Sez. VI, 12 aprile 2012, n. 25625, cit.; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2009, n. 6878, cit.

⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 15137, in *Mass. Uff.*, n. 275968; Cass., Sez. VI, 1° marzo 2016, n. 12291, *ivi*, n. 266867; Cass., Sez. VI, 7 novembre 2013, n. 6761, *ivi*, n. 258993; Cass., Sez. VI, 7 luglio 2003, n. 34031, *ivi*, n. 226757; Cass., Sez. II, 27 febbraio 2001, n. 18849, *ivi*, n. 218934; Cass., Sez. I, 10 dicembre 1991, n. 4806, *ivi*, n. 190842. Del tutto eccentrica e priva di seguito è, invece, la presa di posizione di Cass., Sez. V, 16 dicembre 2005, n. 2799, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1104, stando alla quale, in sede di convalida dell'arresto facoltativo, il controllo di ragionevolezza del giudice sull'uso del potere discrezionale della polizia giudiziaria «non può non investire altresì la prognosi di una misura «stabile», alla stregua dei criteri di cui all'art. 274 c.p.p.»; su tale pronuncia v. le opportune considerazioni critiche di LA REGINA, *Udienza di convalida*, cit., 1105.

La regola dell'autonomia tra le due decisioni incontra un'eccezione qualora la misura cautelare sia richiesta ai sensi dell'art. 391, co. 2, c.p.p. seconda parte, che autorizza una deroga agli ordinari limiti di pena di cui agli artt. 274, co. 1, lett. c e 280 c.p.p., quando l'arresto è stato eseguito per uno dei delitti previsti dall'art. 381, co. 2, c.p.p. o per uno dei delitti per i quali è consentito l'arresto anche fuori dai casi di flagranza: in tali evenienze, l'applicazione della cautela non può prescindere dalla convalida, perché là dove l'arresto risultasse illegittimo opererebbero le ordinarie previsioni sui limiti edittali (al riguardo v., per tutti, LA REGINA, *L'udienza di convalida*, cit., 400 ss.).

viceversa, per il futuro, la protrazione della limitazione della libertà personale necessita di un ulteriore e differente provvedimento restrittivo⁸;

iii) nell'espletare il controllo sull'operato della polizia giudiziaria, il giudice, al fine di verificare se la valutazione dei pubblici agenti circa i presupposti della misura sia rimasta nei limiti della discrezionalità loro consentita, deve intellettualmente collocarsi nella stessa situazione in cui versavano coloro che hanno effettuato l'arresto⁹. In merito ai criteri e al materiale utilizzabile per l'accertamento, nella sentenza viene ribadito il principio, accolto dall'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, secondo cui il vaglio giurisdizionale deve essere condotto operando una verifica *ex ante*, ossia tenendo conto solo degli elementi conosciuti o comunque conoscibili (con l'ordinaria diligenza) dalla polizia giudiziaria e con esclusione delle indagini o delle informazioni acquisite successivamente, che sono invece pienamente utilizzabili per l'ulteriore pronuncia cautelare¹⁰.

In questo scenario di totale condivisione della fisionomia del giudizio di convalida delineata dall'impugnante, irrompe un passaggio argomentativo che segna il momento del progressivo disallineamento dai binari nei quali sem-

⁸ In questo senso già BRAZZI, *La difesa dell'indagato*, cit., 226; FILIPPI, *L'arresto in flagranza*, cit., 104; LA REGINA, *L'udienza di convalida*, cit., 374; G. MANTOVANI, *Arresto, fermo e allontanamento d'urgenza*, cit., 143; analogamente v., in motivazione, Cass., Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 15137, cit.

⁹ V., tra le molte, Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2017, n. 7470, in *Mass. Uff.*, n. 269428; Cass., Sez. V, 26 ottobre 2015, n. 1814, *ivi*, n. 265885; Cass., Sez. V, 12 gennaio 2012, n. 10916, *ivi*, n. 252949; Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, n. 15296, *ivi*, n. 234211.

¹⁰ In tal senso v. Cass., Sez. VI, 13 aprile 2016, n. 18196, in *Mass. Uff.*, n. 266930; Cass., Sez. III, 17 giugno 2014, n. 37861, *ivi*, n. 260084; Cass., Sez. III, 7 luglio 2010, n. 35962, *ivi*, n. 248479; Cass., Sez. V, 27 marzo 2009, n. 21577, *ivi*, n. 243885; Cass., Sez. III, 20 novembre 2007, n. 2454, *ivi*, n. 238533. In questa prospettiva, si è precisato che eventuali emergenze successive - quali l'interrogatorio reso dall'arrestato o dal fermato nell'udienza di convalida o elementi presentati dal difensore - possono essere prese in considerazione dal giudice al limitato fine di indagare se un'eventuale circostanza ostativa alla misura precautelare apparisse, nel contesto dei fatti che hanno portato all'intervento di urgenza, immediatamente percepibile e rilevabile da parte degli organi di polizia, ma non per ampliare lo spettro delle conoscenze di cui disponevano gli operanti: in tal senso v., in motivazione, Cass., Sez. III, 7 luglio 2010, n. 35962, cit. Sul tema si registra anche un indirizzo minoritario, seppur più risalente, che ricostruisce il vaglio effettuato in sede di convalida come un giudizio *ex post*: v. Cass., Sez. IV, 4 maggio 2007, n. 22505, *ivi*, n. 237602, secondo cui «il giudice della convalida ha il potere-dovere di considerare ogni circostanza coeva o successiva all'intervento della Polizia giudiziaria, cosicché, se anche attraverso fonti di conoscenza acquisite successivamente all'arresto è apprezzabile l'insussistenza di un "fumus delicti", il giudice deve negare la convalida indipendentemente da quanto potesse risultare "ex ante", altrimenti si priverebbe la persona arrestata ingiustamente della possibilità di fare valere il suo diritto alla eventuale riparazione ex art. 314 cod.proc.pen.»; Cass., Sez. III, 4 dicembre 1998, n. 3325, *ivi*, n. 212436; Cass., Sez. IV, 16 maggio 1994, n. 2317, *ivi*, n. 199064. In dottrina, sostiene la tesi del controllo *ex post* LA REGINA, *L'udienza di convalida*, cit., 390 e ss.; si esprime invece a favore del controllo *ex ante* ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 185.

brava essersi incanalata la decisione. La Suprema Corte afferma che il controllo di ragionevolezza effettuato dal giudice della convalida deve avere come parametro l'art. 13 Cost., alla cui stregua devono essere interpretate le disposizioni degli artt. 385 e 391 c.p.p. Più in dettaglio, muovendo dal rilievo che le previsioni di rango costituzionale circoscrivono a casi tassativi l'intervento, urgente e temporaneo, della polizia giudiziaria volto ad incidere sulla libertà personale, si sostiene la necessità di un'interpretazione del dato normativo *ex art. 385 c.p.p.* (in base al quale «l'arresto o il fermo non è consentito quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima o in presenza di una causa di non punibilità») che rimarchi l'eccezionalità del potere limitativo della libertà personale esercitato da un soggetto diverso dal giudice: ai fini dell'operatività del divieto sancito nell'art. 385 c.p.p., non sarebbe richiesto che la sussistenza della causa di giustificazione “appaia evidente”, ma che essa sia “verosimilmente esistente”¹¹. Asseritamente corroborata dal raffronto con l'omologa inibizione all'applicazione delle misure cautelari *ex art. 273, co. 2, c.p.p.* così come interpretata dalla giurisprudenza prevalente¹², l'esegesi della locuzione “appare” accolta dalla Suprema Corte amplia le maglie del divieto di arresto - risultando la misura precautelare inibita al cospetto della verosimile, piuttosto che della evidente,

¹¹ Così Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 9. In dottrina v. D'AMBROSIO, Sub *art. 385 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1991, 408, il quale afferma che «l'art. 385, richiedendo soltanto che la presenza di una causa di non punibilità “appaia”, sembra riferirsi alla sua semplice (pur se obiettiva) ipotizzabilità; è dubbio, allora, che della esimente sia, di fatto, consentita una valutazione in danno dell'indiziato»; D'AMBROSIO-VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 1993, 434, secondo cui «il divieto di arresto o di fermo scatta quando la sussistenza della causa di non punibilità *risulta o appare evidente*. Scatta però anche quando la sussistenza della causa di non punibilità non è evidente ma, da elementi obiettivi e specifici, risulta o appare *verosimilmente esistente*»; MANZIONE, voce *Arresto*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 422; NEGRI, *Fumus commissi delicti e legalità penale*, Torino, 2004, 97.

¹² Il riferimento corre all'indirizzo interpretativo secondo cui l'operatività del divieto di applicazione delle misure cautelari personali previsto dall'art. 273, co. 2, c.p.p. «non richiede che la ricorrenza dell'esimente sia stata positivamente comprovata in termini di certezza, essendo sufficiente, a tal fine, la sussistenza di un elevato o rilevante grado di probabilità che il fatto sia compiuto in presenza di una causa di giustificazione»: così Cass., Sez. I, 26 novembre 2010, n. 72, in *Mass. Uff.*, n. 249287; nello stesso senso, Cass., Sez. I, 18 febbraio 2010, n. 6630, *ivi*, n. 246576; Cass., Sez. F., 20 agosto 2003, n. 46190, *ivi*, n. 227306. In senso contrario v. Cass., Sez. I, 4 luglio 2001, n. 27001, *ivi*, n. 219907, stando alla quale la preclusione «opera solo - in forza dell'espressione “se risulta” - allorché la ricorrenza dell'esimente sia stata positivamente comprovata in termini di certezza e non di mera possibilità»; Cass., Sez. V, 28 maggio 1991, Caldaras, in *Cass. pen.*, 1992, 2149; in dottrina, CHIAVARIO, Sub *art. 273 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice*, cit., III, Torino, 1991, 37-38; MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1994, 65; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 123.

ricorrenza di un'esimente - e al contempo dilata, di fatto, i margini del vaglio giurisdizionale in sede di convalida, che risulta arricchito dal riconoscimento di un più approfondito potere conoscitivo e accertativo. In sostanza, pur senza rinnegare (quantomeno formalmente) i consueti postulati giurisprudenziali in tema di giudizio di convalida, la sentenza in commento giunge comunque ad espandere il perimetro del sindacato giurisdizionale intervenendo sull'oggetto del vaglio: all'estensione dell'area dell'illegittimità dell'arresto e del livello di percezione/rappresentazione della ricorrenza di cause di giustificazione in capo alla polizia giudiziaria corrisponde un'implementazione dell'intensità dell'accertamento spettante al giudice in relazione a tali profili.

La raffinata manovra esegetica, realizzata evocando le previsioni dell'art. 13 Cost., costituisce, nella prospettiva seguita dal giudice di legittimità, il viatico per l'affermazione della correttezza dell'ordinanza impugnata: secondo la Corte, il giudice agrigentino, nel tracciato dei poteri che gli competevano, avrebbe correttamente ritenuto insussistenti i presupposti per convalidare l'arresto poiché quest'ultimo risultava operato in violazione del divieto di cui all'art. 385 c.p.p. Quanto agli elementi dai quali la guardia di finanza avrebbe potuto e dovuto desumere la verosimile esistenza della causa di giustificazione del soccorso in mare, si tratta dei medesimi dati richiamati criticamente dal ricorrente, ma di cui viene fornita una lettura in senso diametralmente opposto: si afferma, infatti, per un verso, che il fondamento della causa di giustificazione avrebbe dovuto essere ravvisato nella valutazione globale e non parcellizzata di tutti i segmenti della vicenda, inclusi quelli antecedenti alla condotta di ingresso nel porto, e, per altro verso, che la complessità del caso e del quadro normativo avrebbe dovuto indurre ad astenersi dall'arresto piuttosto che ad effettuarlo¹³.

La conclusione e le argomentazioni della Corte suscitano, francamente, robuste riserve. Anzitutto, qualche perplessità può essere formulata rispetto all'interpretazione dell'espressione "appare" di cui all'art. 385 c.p.p. e alla totale simmetria con il limite all'applicazione delle cautele posto dall'art. 273, co. 2, c.p.p. (così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente), nella misura in cui si finisce per omologare due valutazioni che in realtà sono tra loro differenti anche per il contesto di riferimento. Al riguardo, non pare irrilevante considerare che il sindacato compiuto dalla polizia al momento dell'arresto si svolge nell'immediatezza dei fatti, a fronte di dati conoscitivi molte volte limitati e in uno scenario spesso concitato; è sulla base di tali con-

¹³ Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 8-9.

siderazioni che la giurisprudenza di legittimità ha generalmente inteso il concetto di apparenza di cui all'art. 385 c.p.p. come chiara manifestazione della causa di non punibilità, con la conseguenza di ritenere illegittimo l'arresto solo là dove detta causa di esenzione da pena fosse immediatamente rilevabile da parte degli operanti sulla base di una ragionevole valutazione delle circostanze concrete¹⁴. Detto in altri termini, non si tratta certo di riconoscere alla polizia un più ampio potere privativo della libertà personale di quello che spetta al giudice in sede di applicazione delle cautele personali, ma solo di ancorare il limite del potere di esecuzione della misura precautelare e il successivo controllo del giudice della convalida a dati oggettivi e concretamente rilevabili nel momento dell'intervento, riservando alla diversa fase cautelare un più penetrante potere conoscitivo e valutativo.

Ad ogni modo, pur a voler superare le accennate perplessità, pare comunque inaccettabile la conclusione che la Suprema Corte fa derivare dalla trasposizione del principio di diritto al caso di specie, in quanto la dinamica dei fatti induce a ritenere che non risultasse (neppure) verosimile la ricorrenza della causa di giustificazione del soccorso in mare¹⁵. Il quadro che si prospettava alla guardia di finanza era il seguente: il divieto di sbarcare i migranti nel por-

¹⁴ V. Cass., Sez. II, 28 settembre 2004, n. 39894, in *Guida dir.*, 2004, 45, 61, secondo cui è illegittima la mancata convalida dell'arresto in flagranza di un soggetto risultato incapace di intendere e di volere, qualora tale condizione non "appaia" - cioè, si manifesti chiaramente - all'agente operante al momento dell'intervento, ma si palesi solo in sede di convalida dell'arresto, sulla base della documentazione sanitaria acquisita agli atti e/o dall'interrogatorio svolto. Nello stesso senso v. anche Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2017, n. 7470, cit., che, in applicazione del principio in base al quale «ai fini della verifica dell'eventuale incapacità di intendere e di volere dell'arrestato, è necessario che tale stato si sia manifestato in modo chiaro all'agente operante al momento dell'intervento», ha ritenuto correttamente convalidato l'arresto di un soggetto evaso dagli arresti domiciliari fermato "in pieno stato confusionale", sul rilievo che tale stato poteva essere ragionevolmente ricondotto anche ad ubriachezza o ad intossicazione da sostanze stupefacenti. Analogamente v. altresì Cass., Sez. VI, 13 aprile 2016, n. 18196, in *Mass. Uff.*, n. 266930. In linea con tale indirizzo v. BRAZZI, *La difesa dell'indagato*, cit., 77, il quale afferma che, mediante l'espressione "appare", l'art. 385 c.p.p. circoscrive il divieto alle sole ipotesi in cui le cause di giustificazione o di non punibilità «emergano *ictu oculi* sulla base delle circostanze del caso concreto». In proposito, SPANGHER, *La non convalida dell'arresto. Brevi note*, in www.giustiziainsieme.it, rileva che «del resto, l'art. 389 c.p.p. precisa che la liberazione è disposta dal p.m. nel caso in cui risulti evidente che l'arresto ... è stato eseguito fuori dai casi previsti dalla legge».

¹⁵ In questo senso anche MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in www.questionegiustizia.it, 26.2.2020, § 3, secondo cui «anche in una logica di mera verosimiglianza, e non di evidenza, della causa di giustificazione, in una prospettiva *ex ante* non era affatto verosimile che il divieto di sbarco risultasse illegittimo, e la reazione della Rackete coperta da una causa di giustificazione». Ugualmente critico sul punto è CALABRIA, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1^{ter} dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998)*, in www.questionegiustizia.it, 29.7.2019, § 5.3.

to proveniva direttamente da un decreto interministeriale¹⁶ in esecuzione del quale la guardia di finanza aveva emesso più ordini di *all'*¹⁷; i ricorsi giurisdizionali esperiti, prima al TAR e poi alla Corte EDU, dalla Rackete per far valere la sussistenza dei presupposti per lo sbarco avevano avuto esiti sfavorevoli¹⁸; la situazione medico-sanitaria dei migranti era costantemente monitorata dalle Autorità italiane che avevano proceduto, in più di un'occasione, ad evacuare sulla terraferma coloro che necessitavano di cure mediche¹⁹; la Rackete, contravvenendo agli ordini, entrava nel porto di Lampedusa e scalzava la motovedetta militare che tentava d'impedire l'attracco con una manovra – definita dallo stesso G.i.p. di Agrigento – «pericolosa nei confronti dei pubblici ufficiali a bordo della motovedetta della guardia di finanza, senz'altro costituente il portato di una scelta volontaria seppure calcolata»²⁰. A fronte di tale scenario davvero gli operanti avrebbero potuto giungere alla conclusione che la condotta della comandante era verosimilmente scriminata da una causa di giustificazione? A voler seguire il ragionamento del G.i.p. e della Corte di cassazione, la guardia di finanza avrebbe dovuto autonomamente procedere ad un'interpretazione del dovere di soccorso in mare difforme da quella adottata dal Ministro dell'interno²¹ e non smentita dalle Autorità giurisdizionali (TAR e Corte EDU) che, *medio tempore*, si erano pronunciate sul caso, per

¹⁶ Si tratta del Provvedimento interministeriale del 15 giugno 2019, a firma del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Difesa e con il Ministro delle Infrastrutture e Trasporti, adottato in forza dell'art. 11, co. 1-*ter*; TUImm (inserito dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. con mod., da l. 8 agosto 2019, n. 77), con cui veniva disposto il divieto di ingresso, transito e sosta della nave "Sea Watch 3" nel mare territoriale nazionale.

¹⁷ Cfr. G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 3.7.2019, 6 ss.

¹⁸ V. G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 9. Più in dettaglio, il TAR Lazio aveva respinto la richiesta (avanzata dalla Sea Watch 3) di sospensione d'urgenza del Provvedimento interministeriale, sul rilievo che, essendo state sbarcate tutte le persone vulnerabili, non sussistessero le condizioni di eccezionale gravità e urgenza che avrebbero consentito l'applicazione della misura cautelare invocata. Pochi giorni dopo, Corte EDU, 25 giugno 2019, app. 32969/19, Rackete e altri c. Italia, aveva respinto la richiesta di misure provvisorie (ex art. 39 del regolamento di procedura della Corte europea) volte ad ottenere l'autorizzazione del Governo italiano all'ingresso della nave nelle acque territoriali e al successivo sbarco: la Corte di Strasburgo, ritenendo che la situazione a bordo della Sea Watch 3 non fosse tale da determinare un rischio imminente di danni irreparabili per la sicurezza delle persone, decideva di non ordinare allo Stato italiano di autorizzare lo sbarco in questione e si limitava ad indicare alle autorità italiane di continuare a fornire tutta l'assistenza necessaria alle persone presenti sulla nave che versassero in una situazione di vulnerabilità a causa dell'età o dello stato di salute. Alla luce di tali pronunciamenti, il divieto di sbarco, nel momento in cui veniva eseguito l'arresto, non poteva essere ritenuto illegittimo (cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, ricorso per cassazione in data 16 luglio 2019, cit., 15).

¹⁹ Cfr. G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 6-7.

²⁰ Così G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 11.

²¹ Cfr. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete*, cit., § 3.

poi astenersi dal procedere all'arresto della persona che si era opposta all'esecuzione del divieto di sbarco con una manovra idonea a mettere in pericolo sia l'equipaggio della motovedetta che gli stessi migranti. Si tratta di una ricostruzione piuttosto improbabile, ai limiti del surreale, che finisce per mistificare il sindacato spettante alla polizia giudiziaria e il vaglio che su di esso il giudice è chiamato ad esercitare – come peraltro la stessa Corte riconosce – in una prospettiva *ex ante*, ossia collocandosi nella situazione concreta fronteggiata dagli operanti²². Posto che nel momento in cui veniva eseguito l'arresto l'unica interpretazione ufficiale/cogente del dovere di soccorso in mare era quella sottesa al decreto interministeriale e che non sussisteva un pericolo per l'incolumità delle persone a bordo dell'imbarcazione, la valutazione di verosimiglianza circa la sussistenza della scriminante avrebbe necessariamente dovuto implicare l'elaborazione di un'alternativa ermeneutica – fondata sull'analisi di principi e dati normativi sovranazionali – da parte della guardia di finanza²³; se così fosse, il giudizio sull'uso ragionevole del potere di arresto implicherebbe non solo (o non tanto) che il giudice si ponga idealmente al posto della polizia giudiziaria, quanto e soprattutto che la polizia giudiziaria si immedesima nel ruolo del giudice, magari pure cimentandosi in complesse e – come si vedrà – controverse operazioni di collage esegetico.

3. *Il doping ermeneutico del dovere di soccorso marittimo.* Forzato lo sbarramento cognitivo-processuale col più nobile dei grimaldelli²⁴, la Suprema Corte s'è di necessità avventurata sul terreno – notoriamente malfermo, e per

²² V. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete*, cit., § 3, secondo cui la conclusione, adottata dal G.i.p. e dalla Corte di cassazione, risulta «francamente eccessiva, arrivando a porsi in contrasto con il consolidato orientamento, ribadito anche dalla Cassazione, per cui in sede di convalida il giudice deve porsi nelle vesti dell'agente di pubblica sicurezza che procede all'arresto, e dunque in una prospettiva *ex ante* rispetto al momento della convalida». Nello stesso senso v. CALABRIA, *I respingimenti in mare*, cit., § 5.3.

²³ Cfr. CALABRIA, *I respingimenti in mare*, cit., § 5.3, il quale, dopo aver evidenziato che la polizia aveva dato esecuzione ad un ordine emesso dal Ministro dell'interno sulla base di una legge dello Stato, afferma che «le complesse valutazioni involgenti la normativa di diritto sovranazionale [...] non potevano essere opposte alla polizia giudiziaria e non potevano condizionare la convalida dell'arresto».

²⁴ Il valore *ex art.* 13 Cost. (Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 7 s., 8), a tal punto 'sacrale' da imporre un'interpretazione olistica delle regole *ex art.* 385, 391 c.p.p., le quali, per l'effetto, ne vieterebbero la compressione a fronte della «verosimile rappresentazione» di un dovere che, oltre a non essere *ex professo* previsto nel diritto internazionale pattizio (*infra*), non può certamente dirsi 'consuetudinario' – essendo la prassi dei 'porti chiusi' coltivata da numerosi Stati: *United Nations convention on the law of sea. A commentary*, a cura di Proelss, München-Oxford, 2017, 192, 728 ss.; v. anche il parere del gruppo di studio 'Progetto Lampedusa' "Place of safety". *Mancata ratifica degli emendamenti alle Convenzioni marittime S.A.R. e S.O.L.A.S. da parte dello Stato di Malta*, 4 luglio 2017, in www.consiglionazionaleforense.it, 4.

molti versi lacunoso²⁵ - del diritto internazionale marittimo, evocando la disciplina pattizia trasposta (le Convenzioni SAR, SOLAS e UNCLOS) che, una volta rivista alla luce di una risalente *soft law* (la risoluzione n. 1821 del 2011 del Consiglio d'Europa), genererebbe quel dovere bicefalo - di Stati e capitani - di pronto soccorso capace d'inficiare l'arresto cui procedettero i militari: che, sempre stando alla S.C., 'ben conoscevano' tutte le tessere del puzzle normativo²⁶.

Peccato, però, che il costrutto proposto dalla Corte, oltre che fortemente controverso nell'ambito del diritto giurisprudenziale domestico²⁷, sia un'autentica *first impression* della disciplina sovranazionale: che è per definizione sconosciuta, non conoscibile e impronosticabile²⁸.

Dalla normativa internazionale - scritta o consuetudinaria, *hard* o *soft*, auto-applicativa o bisognosa di introiezione poco sposta, nell'ottica della norma in bianco *ex art. 51 c.p.*²⁹ - infatti, sono certamente evincibili:

1) il dovere di *qualsiasi* capitano di soccorrere *chiunque* rischi di perdersi in *qualsiasi* mare³⁰: di attivarsi, cioè, là dove s'imbatta in vascelli-persone che versano in condizioni di cd. *distress*, da intendersi quale *concreto pericolo per l'incolumità* («well grounded apprehension of crew losing their lives»), a sua volta denotato da una serie di indici oggettivi e soggettivi³¹. Nessun dubbio, insomma, che il dovere di soccorso marittimo, *anche* a livello domestico, ed

²⁵ Così Trib. Ministri Roma, decreto di archiviazione in data 21 novembre 2019, in www.sistemapenale.it, 7 ss.; GRADONI, PASQUET, *Lisistrata e Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in www.sidiblog.org.

²⁶ Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 10-12.

²⁷ Sulla insussistenza di un dovere di (far) sbarcare ex naufraghi in mancanza di un pericolo per l'incolumità, v. ad es. G.i.p. Trapani, decreto del 2 agosto 2017, in www.questionegiustizia.it, 143 ss.; G.i.p. Catania, decreto del 27 marzo 2018, *ivi*, 31.3.2018, 14 ss.; Trib. Ministri Roma, decreto di archiviazione in data 21 novembre 2019, cit., 7 ss.; cfr. altresì TAR Lazio, Sez. Prima *Ter*, decreto del 14 agosto 2019, in www.asgi.it, 15.8.2019, il quale sospese cautelamente l'efficacia del provvedimento di diniego *ex art. 11, co. 1-ter*, TUImm, autorizzando la nave 'Open Arms' - *non già* a penetrare le ostruzioni portuali ed attraccare ma - a fare ingresso nel mare territoriale, affinché i migranti trasportati potessero beneficiare delle *necessary cure mediche*.

²⁸ Sul concetto, che identifica i casi di estensione analogica di disposizioni mai applicate in precedenza, v. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*², Torino, 2007, 121.

²⁹ Che si presta ad ospitare regole liceizzanti diverse - per fonte, rango, struttura e validità sostanziale - dalla legge parlamentare: spunti in tal senso in CARACCIOLI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, III, Milano, 2006, 2289 ss.

³⁰ Regola V/33, par. 1, Conv. SOLAS.

³¹ Come ad esempio la mancanza di «sufficient supplies to reach store», di personale esperto nella navigazione o di strumenti di comunicazione; le condizioni meteo avverse; lo *overloading* del mezzo; la presenza a bordo di malati, donne in stato di gravidanza, minori, *et sim.*: *United Nations convention*, cit., 728.

anche là dove declinato in chiave criminalizzante³², presupponga un realistico pericolo di lesione dell'incolumità personale³³, con speculare diritto di un'imbarcazione in *distress* di penetrare le ostruzioni portuali e guadagnare la rada³⁴;

ii) il conseguente e accessorio dovere – degli stessi capitani – di condurre le persone sottratte alle acque in un 'luogo sicuro' (cd. *place of safety*, POS)³⁵: che, sempre secondo la legge internazionale del mare, è un posto – non necessariamente un porto né, tanto meno, un suolo – in cui quel 'pericolo per l'incolumità personale' non è (più) apprezzabile: tanto che gli ex naufraghi possono considerarsi *safe* (già) a bordo della stessa nave soccorritrice³⁶, oppure là dove siano ricoverati su una diversa «rescue unit or other suitable vessel or facility at sea»³⁷;

iii) ultimo ma non ultimo, il dovere di tutti gli Stati interessati dall'evento SAR, non solo di quello competente³⁸, di coordinare le operazioni di *pick up* e cooperare all'identificazione di un POS: ove è sempre stato pacifico trattarsi di obblighi di mezzi (di *adoperarsi* per individuare un *posto* sicuro...), e non già di risultato (...e non già di *rilasciare* un *porto* sicuro)³⁹.

³² Anziché scriminante: così, valorizzando la situazione tipica ex art. 328 c.p. ('indifferibilità' dell'atto doveroso – omesso – per ragioni di 'igiene e sanità'), Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, richiesta di archiviazione in data 22 luglio 2019, in www.sistemapenale.it, 8 s.

³³ Conv. SAR, Allegato, par. 1.3.13; Artt. 490, 1158 cod. nav.; conf. S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 134 ss.; MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, 225 ss.

³⁴ Con speculare dovere dello Stato interessato di consentirne l'esercizio: v. ancora *United Nations convention*, cit., 185, 729, ove si precisa altresì come, a stretto rigore, l'art. 18 UNCLOS conceda il diritto di ancoraggio solo se l'emergenza si verifica *durante il passaggio* nel mare territoriale dello Stato costiero, ma non anche il diritto di penetrarne il territorio e/o le ostruzioni portuali *al fine di* trovare riparo o assistenza.

³⁵ Conv. SAR, Allegato, par. 1.3.2.

³⁶ Seppur temporaneamente, e sempre che sia provvista di «appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors»: Linee guida MSC del 20.4.2004, par. 6.13; in senso conforme cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, ricorso per cassazione in data 16 luglio 2019, cit., 8 ss.; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, richiesta di archiviazione in data 22 luglio 2019, cit., 4.

³⁷ V. ancora Linee guida MSC del 20.4.2004, par. 6.14.

³⁸ In caso di diniego o inerzia dello Stato competente per la zona SAR, infatti, sarà lo Stato che per primo ha avuto notizia dell'evento (cd. primo contatto) a dovere coordinare il recupero e l'individuazione di un POS: Linee Guida MSC del 20.4.2004, par. 6.7; G.i.p. Agrigento, decreto del 29 agosto 2019, in www.meltingpot.org, 12 s.

³⁹ Cfr. ad es., fra gli altri, DE SENA, VITTOR, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in www.sidiblog.org, 1.7.2017, i quali ricordano che un puntuale obbligo di accoglienza dello Stato costiero – e un corrispondente diritto allo sbarco della nave e/o dei naufraghi – non sono ricavabili né dalle Convenzioni SAR e SOLAS, né dai relativi emendamenti apportati nel

Breve: non è rintracciabile una regola sovranazionale che impone di (far) sbarcare sulla terraferma persone (già) trattate in salvo, e che identifica lo Stato gravato di quell'onere⁴⁰.

Certo, è vero che le nozioni di *distress* e *place of safety*, originariamente simmetriche, si sono andate via via disallineando, grazie alla tendenza a rileggere la legge del mare alla luce del diritto dei diritti umani⁴¹; è vero, cioè, che è oggi apprezzabile una – virtuosa, intendiamoci – incoerenza fra *presupposti* e *contenuti* del dovere di salvataggio, nel senso che la nozione di ‘safety’ si estende oltre il ‘pericolo per l’incolumità fisica’, inglobando pure il ‘pericolo di essere respinti’ in luoghi in cui si consumano gravi violazioni di diritti fondamentali⁴²; ma, a quanto consta, la legge del mare non ha mai *nitidamente ed esplicitamente* superato questo confine: una volta che i naviganti siano stati sollevati dalla loro condizione di candidati naufraghi e/o di particolare vulnerabilità (minori, donne incinte), siano stati nutriti, alloggiati e se necessario curati, e non corrano il rischio di essere rispediti all’inferno, possono considerarsi ‘messi in sicurezza’: e ciò, a quanto pare, non solo in senso strettamente gius-marittimo⁴³.

Nel diritto internazionale del mare ‘umanizzato’, dunque, manca una regola

2004, né dalle *guidelines* del MSC dello stesso anno, né dai *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea* contenuti nella circolare del 22.1.2009 del *Facilitation Committee dell’IMO* – che anzi subordinano esplicitamente lo sbarco dei trasportati (già) salvati dal mare al rispetto delle leggi migratorie («in accordance with immigration laws»).

⁴⁰ DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo...o quantomeno di provarci*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, 63 ss.; anche la corrente dottrinale più aperturista, pur affermando che l’obbligo dello Stato costiero di ‘prestare assistenza’ a una nave carica di (ex) naufraghi non può che tradursi nell’obbligo di consentirne lo sbarco (almeno) temporaneo, pare limitare tale dovere al caso di «persone in pericolo»: v. il comunicato sottoscritto da 21 internazionalisti *Nei porti ciascuno Stato eserciti la propria sovranità, ma nel rispetto del diritto internazionale*, in www.asgi.it.

⁴¹ Ci riferiamo al principio di non respingimento, a sua volta esteso al di là di rifugiati e richiedenti asilo grazie agli artt. 2 e 3 CEDU: TREVISANUT, voce *Immigrazione [dir. int]*, in www.treccani.it, § 2.3; in senso conforme, seppur pervenendo a soluzioni antitetiche sulla *policy* dei ‘porti chiusi’ alla luce del diritto marittimo, RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, in www.affarinternazionali.it, 11.7.2019; e PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in www.sidiblog.org, 26.6.2019.

⁴² Sul punto, anche per gli opportuni richiami, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 796 ss.; sulla impraticabilità di un respingimento dei migranti-naufraghi in ‘luoghi insicuri’, v. anche Trib. Ministri Roma, decreto di archiviazione in data 21 novembre 2019, cit., 8.

⁴³ Conf. Corte EDU, 25 giugno 2019, app. 32969/19, *Rackete e altri c. Italia*, cit., che, adita dalla capitana e da alcuni ex naufraghi, ha ritenuto di non imporre allo Stato italiano di autorizzarne lo sbarco, confidando che le stesse Autorità nazionali avrebbero continuato «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».

che prescrive di concludere la fase della *delivery* col ricovero sulla terraferma di un (pre-)determinato Stato⁴⁴.

Ecco perché la Corte di Cassazione, riprendendo e superando alcuni precedenti siciliani⁴⁵, quando afferma che lo Stato responsabile per la zona SAR⁴⁶ è «tenuto a fornire un luogo sicuro», per tale dovendosi intendere un *suolo* ove i migranti siano messi in condizione di esercitare il «diritto a presentare una domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951», costruisce un diritto-dovere giustificante che non esiste nella legge internazionale⁴⁷.

Epilogo: lasciare che il concetto di ‘safety’ inghiotta non solo il divieto di respingimento, ma includa «necessariamente» anche «il rispetto dei diritti fondamentali»⁴⁸; asserire, cioè, che lo Stato (insindacabilmente e discrezionalmente) optato dal capitano deve accogliere sulla terraferma ex naufraghi, per consentire loro di presentare una domanda di accesso ai mezzi di protezione internazionale, val quanto affermare che *tutti i migranti che hanno rischiato la vita* prendendo il mare vanno *doverosamente* condotti e *doverosamente* accolti sul suolo del ‘più vicino’ Stato sensibile al diritto internazionale dei diritti

⁴⁴ In tema, volendo, V. VALENTINI, *Le traiettorie della Alan Kurdi e l’archiviazione del Tribunale dei ministri. Esiste davvero un dovere di accogliere ex naufraghi sulla terraferma?* in *disCrimen*, 1 ss., 6 ss.; spunti in tal senso anche in BISCEGLIA, “Non esistono fatti. Solo interpretazioni”. *Riflessioni sul caso Sea Watch 3*, in *questa Rivista web*, 1/2020, 1 ss. Né varrebbe obiettare, come fanno GAMBERINI, MARINO nella memoria difensiva nell’interesse di Rackete (in *questa Rivista*, 1, 2020, 1 ss., 9 s.), che quella ‘regola conclusiva’ sia evincibile dall’art. 10 TUm: che, tutt’al contrario, cristallizza una norma puramente organizzativo-procedimentale e di conformazione, come tale incapace di generare diritti (dei migranti) e doveri (di Stati e capitani).

⁴⁵ V. ad es. Trib. Agrigento, 7 ottobre 2009, in *Dir. imm. citt.*, 2/2010, 87 ss., ove si afferma che la legge internazionale marittima riconosce ai migranti-naufraghi il «diritto universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma»; più cauta, invece, la posizione di G.i.p. Trapani, 23 maggio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 24.6.2019, 45, che parla di un «vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un POS, diritto speculare all’obbligo assunto dagli Stati firmatari delle convenzioni» sovranazionali.

⁴⁶ Che peraltro, nello specifico caso, non era l’Italia ma la Libia: V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 785-788.

⁴⁷ Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 11 s., che, partendo dal presupposto secondo cui le Linee Guida MSC del 2004 obbligano lo Stato competente SAR «a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito», precisa che «non può essere qualificato “luogo sicuro”, per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che [...] non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. Non può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale [...] operazione che non può certo essere effettuata sulla nave» [corsivi nostri]. La S.C., insomma, sembra spingersi ben oltre quel ruolo concorrenziale innegabilmente disimpegnato dall’interprete ‘in tandem’ col legislatore, cimentandosi in un’operazione autenticamente ‘creativa’: diversa l’opinione di SANTORIELLO, *Caso Sea Watch ovvero la truffa delle etichette: è “politica” la decisione che non si divide (o che non si comprende)...*, in *questa Rivista*, 1, 2020, § 5.

⁴⁸ Così, *ex professo*, Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 12.

umani⁴⁹.

Che, guarda caso, è regolarmente il nostro.

4. *La backdoor way della Corte e i futuribili scenari di merito.* S'è trattato di un'operazione ermeneutica legittima, coerente con l'assiologia penale-costituzionale?

Se ci limitassimo ad una valutazione astratta, saremmo propensi a rispondere positivamente, posto che la giurisprudenza identifica da sempre *quasi* diritti, *quasi* doveri e *quasi* consensi liceizzanti⁵⁰; e posto che, anche in un'ottica tripartita, sono pensabili situazioni *quasi* scriminanti *ex artt. 52, 54 c.p.*⁵¹

Una volta accordata cittadinanza a giustificanti di (parziale) fattura giurisprudenziale, dunque, non desta particolari perplessità la costruzione di un dovere *praterem legem* di consegnare al suolo del primo Stato utile persone stipate su una nave: una sorta di *tertia lex* generata dalla combinazione dell'obbligo di soccorso sovranazionale rilevante *ex art. 51 c.p.* (che esige un pericolo per l'incolumità personale)⁵² e la necessità *ex art. 54 c.p.* (che può contare su una nozione più ampia di 'beni personali' minacciati⁵³, ma che contempla il requisito della involontarietà-inevitabilità del pericolo)⁵⁴.

Insomma: quand'anche un dovere di soccorso-consegna del genere non fosse previsto dalla legge del mare, sarebbe comunque un'ermeneutica *astrattamente* legittima; e tanto è bastato alla Suprema Corte per rigettare il ricorso della Procura agrigentina: perché, appunto, il giudice pre-cautelare deve limitarsi

⁴⁹ Conf. BIN, *Il "caso Rackete": una sentenza importante della Cassazione*, in www.lacostituzione.info.

⁵⁰ Dentro (e dietro) la categoria del 'rischio consentito e accettato': da ultimo Cass., Sez. IV, 26 novembre 2015, n. 9559, D.B.V., in www.giurisprudenzapenale.com, 27.4.2016; in dottrina, v. ad es. AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Torino, 2003; DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 588 ss.; RAMPIONI, *Sul cd. "delitto sportivo": limiti di applicazione*, *ivi*, 1975, 660 ss.

⁵¹ SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli, 1998; più recentemente, v. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, 2019.

⁵² Nel caso specifico non apprezzabile, giacché, proprio per neutralizzare quel pericolo, le Autorità italiane avevano disposto l'accertamento delle condizioni medico-sanitarie a bordo, evacuando sulla terraferma dieci migranti bisognosi di cure mediche, un minore e due accompagnatori: G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 6 ss.

⁵³ Sulla nozione di "danno alla persona" *ex art. 54 c.p.*, che includerebbe pure l'onore, il pudore, il decoro, il diritto all'abitazione, *et sim.*, v. Cass., Sez. III, 7 ottobre 1981, n. 10772, in *Mass. Uff.*, n. 151194; Cass., Sez. II, 19 marzo 2003, n. 24290, *ivi*, n. 225447; Cass., Sez. II, 17 gennaio 2008, n. 7183, *ivi*, n. 239447.

⁵⁴ Anch'esso non apprezzabile nella fattispecie, poiché, all'evidenza, fu il deliberato attendismo di Rackete (che scelse di stazionare per 15 giorni nella 'zona contigua'), ad attualizzare/ispessire il pericolo di lesione dei diritti basilari dei trasportati e dello stesso equipaggio: sul punto, volendo, V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 798.

«al controllo di ragionevolezza dell’operato di coloro che hanno eseguito l’arresto in flagranza», mentre gli sarebbero precluse «valutazioni alternative dei fatti e diverse interpretazioni delle fonti normative [...] oppure prospettazioni alternative in ordine all’adempimento del dovere di soccorso e alla sua ampiezza»⁵⁵.

Ora, al netto della tesi della ‘verosimile rappresentazione’ di un dovere scriminante sostanzialmente inesistente nel diritto del mare e profondamente incerto a livello domestico (*retro* § 2)⁵⁶; tralasciando il fatto che l’*alt* impartito alla - e ignorato dalla - nave ONG aveva resistito al vaglio del TAR, con ovvie ripercussioni sulla ‘percezione di legittimità’ del successivo arresto da parte dei militari⁵⁷; e volendo pure soprassedere sulla (mancata) inclusione delle motovedette g.d.f. fra le ‘navi da guerra’⁵⁸; a parte le suddette criticità, dicevamo, la S.C., tagliando integralmente fuori il ‘fatto’, è elegantemente riuscita a rinviare la vera partita: ad evitare, cioè, di collaudare quel dovere ibridizzato sulle *concrete* dinamiche della vicenda storica⁵⁹.

Come già accennato in altra occasione⁶⁰, infatti, tutte le scriminanti, specie quelle che esibiscono una fisionomia incerta, incontrano limiti innescati dalle variabili contestuali e assiologiche che caratterizzano il *case*, limiti impliciti che, nello specifico caso dell’art. 51 c.p., attengono alle *modalità di esercizio o adempimento* del diritto o del dovere (cd. interni), e che emergono *grazie all’azione contenitiva di contro-interessi* di pari/superiore rango che, diversamente, ne verrebbero travolti (cd. esterni).

Non esistono, in altri termini, regole di prevalenza del ‘valore’ (scriminante) sul ‘disvalore’ (tipico) anelastiche e implacabili, né diritti e doveri tiranni, incondizionabili e ‘asfaltanti’⁶¹: non tutto ciò che appare astrattamente ammes-

⁵⁵ Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 17.

⁵⁶ Condivide l’assunto, ancorché sulla base di argomenti - parzialmente - differenti, MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete*, cit., § 3.

⁵⁷ Così, puntualmente, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, ricorso per cassazione in data 16 luglio 2019, cit., 14 s.

⁵⁸ Inclusione che, secondo la Cassazione, contrasta con la disciplina del Codice dell’ordinamento militare, tanto da essere stata confermata (solo) da arresti *precedenti* al vigore di quella disciplina (2010): Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, cit., 12 ss.; in verità, però, esistono diverse sentenze adesive pronunciate in epoca successiva: v. ad es. Cass., Sez. I, 21 settembre 2011, n. 44014, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. III, 6 novembre 2014, n. 49211, *ivi*; Cass., Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 8563, *ivi*.

⁵⁹ Conf. DI AMATO, *Ecco perché la sentenza su Carola è un assist a Salvini*, in *www.ilriformista.it*, 23.2.2020, secondo cui tale approccio ha aperto ad una soluzione ispirata, in realtà, a ragioni politico-ideologiche.

⁶⁰ V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare?*, cit., 801 ss.

⁶¹ Così, *mutatis mutandis*, Corte cost., n. 85 del 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, §§ 9 ss.

so/imposto, insomma, è necessariamente tale anche *in action*.

E così, ad es., non è dato *abusare* del diritto di difendere preventivamente la proprietà: se gli offendicoli usati sono in grado di compromettere beni primari o, comunque, potevano essere rimpiazzati da altri meno - o per nulla - dannosi, si tratta di una manovra difensiva non necessaria, che come tale supera i limiti sottotraccia della scriminante⁶².

E così, ancora, non è dato *abusare* del diritto *ex art. 24 Cost.*, calunniando *en liberté*: occorre che la falsa incolpazione sia ‘proporzionata’ e ‘strettamente connessa’ a ‘obiettivamente apprezzabili’ esigenze difensive, oltre che ‘indispensabile’ a contestare la fondatezza dell’accusa; diversamente, si tratta di un esercizio illegittimo del diritto di difesa⁶³.

Infine, e più in generale, non è dato esercitare un diritto *in modo violento*, né adempiere un dovere in modo *eccessivamente-sproporzionatamente violento*⁶⁴.

Così stando le cose, dunque, non è neppure dato *abusare* del dovere di consegnare al suolo del più vicino ‘Stato sicuro’ ex naufraghi: nell’adempire quel dovere, occorre(va) attenersi a parametri di necessità-proporzione, soppesare le grandezze assiologiche presenti sul campo, evitare di ricorrere a ‘non indispensabili’ modalità violente.

Ecco perché, ad avviso di chi scrive, la condotta della capitana non resiste ai test dinamici di proporzionalità e necessità: perché Carola Rackete poteva far sbarcare i migranti *evitando modalità violente*⁶⁵; e perché, per salvaguardarne il benessere e l’integrità psichica, ha messo a repentaglio l’*incolumità individuale* del personale g.d.f.⁶⁶

Sia come sia, vedremo come si evolverà il giudizio di merito.

Per ora, ci limitiamo a segnalare come fossero e restino praticabili percorsi più ortodossi per ‘fare giustizia’ nel caso singolo: soluzioni, cioè, che non si spingano a riconoscere, in capo a chiunque raggiunga la zona continua no-

⁶² Cass., Sez. I, 24 gennaio 1990, Berretti, in *Cass. pen.*, 1992, 61; Cass., Sez. III, 1° dicembre 1994, n. 12576, *ivi*, 1996, 809.

⁶³ Cass., Sez. V, 2 dicembre 1987, n. 5457, in *Cass. pen.*, 1989, 980; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 14042, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 7 marzo 2017, n. 14542, in *Mass. Uff.*, n. 26973401; Cass., Sez. VI, 6 giugno 2018, n. 39918, in *www.iusexplorer.it*.

⁶⁴ Sulla esclusione della scriminante dell’esercizio del diritto nel caso di violenza su persone o cose, cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 544; PULITANO, *Diritto penale*, PG³, Torino, 2013, 246; sui limiti impliciti dell’adempimento del dovere, v. *ex multis* Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2008, n. 1786, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 2 ottobre 2017, n. 4398, *ivi*.

⁶⁵ Ad es. servendosi delle scialuppe: Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, ricorso per cassazione in data 16 luglio 2019, cit., 11.

⁶⁶ G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 10-11.

strana, un diritto-dovere *incondizionabile* di sbarcare sulla terraferma migranti salvati dal mare.

Certo, in un'ottica difensiva sarebbe illusorio confidare sulla scriminante putativa, non foss'altro perché due Corti (TAR e Corte EDU) avevano ritenuto difettare i presupposti per procedere allo sbarco⁶⁷; e, in tutta franchezza, parrebbe altrettanto arduo cavalcare la tesi dell'eccesso colposo per errore-inabilità, giacché lo stesso G.i.p. parla di una manovra pericolosa «volontaria» e «calcolata»⁶⁸.

Resta però seriamente argomentabile un eccesso impropriamente colposo ('volontario', appunto) *ma incolpevole* del perimetro giustificante, valorizzando la situazione di forte tensione che era maturata a bordo nella fase immediatamente precedente l'ormeggio⁶⁹.

⁶⁷ G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 9.

⁶⁸ G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 11.

⁶⁹ Come del resto confermò la medesima capitana: G.i.p. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, cit., 10.