

CONFRONTO DI IDEE GIUSTIZIA PENALE E AGONE POLITICO: QUANDO IL
CONTRASTO INTERPRETATIVO SI SCIoglie NEL TIFO DA STADIO

MAURO RONCO

**L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di
libertà, sicurezza e giustizia e l'obbligo di lealtà
nel rapporto tra gli organi dello Stato**

Premessa la disamina dei principali fattori che hanno comportato la sostanziale riduzione dei poteri del Parlamento e del Governo, allocando su soggetti diversi il compito di fornire l'indirizzo politico indispensabile per garantire la stabilità all'interno del Paese e l'unità nei rapporti con i Paesi esteri e affermata l'esigenza di lealtà nei rapporti tra istituzioni e poteri dello Stato, l'Autore esamina sotto un angolo visuale strettamente giuridico i due provvedimenti emessi dal Giudice per le indagini Preliminari di Agrigento e dalla Corte di cassazione sulla vicenda accaduta nel porto di Lampedusa nella notte tra il 28 e il 29 giugno 2019 e ne critica severamente le motivazioni e le conclusioni in ordine al riconoscimento nel caso concreto di un dovere di soccorso scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p., anche in relazione a quanto statuito nelle Convenzioni internazionali che regolano il soccorso in mare e l'individuazione di un porto sicuro per lo sbarco dei migranti.

The exercise of constitutional powers in the matter of freedom, security and justice and the obligation of loyalty in the relationship between the organs of the state

The Author investigates from a legal standpoint the decisions issued by the Judge for preliminary investigations of Agrigento and by the Corte di Cassazione (collectively, the 'Courts') in connection to the events occurred in the harbor of Lampedusa on the night between 28 and 29 June 2019. The research reiterates the relevance of the loyalty principle between institutions and vis-a-vis the central government. It also underlines the conceptual premises that have led to the significant curtailment of the powers of the Parliament and of the Government, with the effect to entrust other subjects with the tasks of providing adequate political guidance in view to guarantee stability within the country and unity in relations with third Countries. Against this background, the Author criticizes the reasoning and conclusions reached by the Courts with reference to the finding of a duty to carry out rescue in adherence to Article 51 of the Italian Criminal Code. The Author further disputes the correctness of the findings of the Courts in light of principles stemming from international conventions on maritime search, rescue and assignment of a safe harbor for the disembarkation of migrants.

SOMMARIO: 1. I rapporti tra la magistratura e gli altri organi costituzionali. - 2. Il sorgere di nuovi poteri di indirizzo politico nelle materie dell'ex terzo pilastro. - 3. La degradazione dei poteri giuridici di Parlamento e Governo. - 4. Lo sbilanciamento dell'assetto costituzionale. - 5. L'esigenza del rispetto delle competenze del Governo. - 6. L'esigenza di lealtà nei rapporti tra istituzioni e poteri dello Stato. - 7. La mancata motivazione del giudice sulla legittimità dell'arresto e l'incongrua ortopedia giustificativa della Cassazione. - 8. L'erronea sovrapposizione dei presupposti relativi alle misure cautelari ai presupposti relativi alle misure precautelari. - 9. La fallace individuazione del dovere di soccorso. - 10. L'improprio riferimento alle Convenzioni internazionali. - 11. Conclusione.

1. *I rapporti tra la magistratura e gli altri organi costituzionali.* V'è un modo ormai obsoleto di affrontare il rapporto tra politica e magistratura come se la questione consistesse nel rischio di erosione della legalità in virtù della distensione ampia dell'ermeneutica giudiziale. Il fenomeno dell'erosione è ormai scontato. Si può essere critici nei riguardi del processo che è sfociato nel col-

lasso della legalità statale. Ma le innumerevoli pronunce giudiziarie, supportate peraltro dal plauso di larga parte della letteratura che si presenta come accademica, nei campi di materie più diverse, dal diritto di famiglia al diritto penale, dal diritto tributario al diritto dei «nuovi diritti», danno conto che la legge formale - quella approvata dall'organo costituzionale previsto come titolare del potere di legiferare - è ridotta a fonte normativa sub-primaria. Ciò in ragione del fatto che la modifica dell'art. 117 Cost., introdotta dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha scosso *ab imis fundamentis* il dominio della legalità interna. I corollari stanno nella perdita di centralità giuridica del Parlamento e nell'erosione della sovranità politica di tale organo previsto in virtù del legame democratico con il popolo *ex art. 1 Cost.*

Il potere sovrano sul piano ordinamentali tende a passare - o ormai è già passato - dalla classe dei politici, eletti dal popolo e strutturati nel Parlamento, alla classe dei giudici che governano la giurisdizione attraverso una complessa ripartizione di competenze sia funzionali che per gradi. Alla magistratura spetta, infatti, l'effettiva determinazione delle regole che risolvono il caso concreto. Così è sempre stato. Ma un conto è una giurisdizione che risolve i casi nell'ambito della soggezione alla legge (art. 101 Cost.), esercitando i suoi poteri tradizionali di interpretazione; altro e diverso conto una giurisdizione che si avvale di strumenti interpretativi volti a individuare laboriosamente - e spesso creativamente - la regola internazionale ed europea, che sovrasta la regola interna. D'altra parte non può dimenticarsi che tale regola esterna è spesso definita con riferimento a decisioni per i casi singoli dalle Corti europee di giustizia, onde il sistema che ne risulta è un sistema giurisdizionale al quadrato. La contaminazione di formanti giurisprudenziali e internazionali con il formante legislativo interno determina un assetto giuridico molto distante da quello tradizionale del *civil law*.

Al Parlamento è residuata - come sopra detto - una funzione normativa sub-primaria, definibile come tale sia perché il Parlamento deve dare attuazione ai Regolamenti e alle Direttive europee, sempre più stringenti non soltanto nel settore economico e della concorrenza, ma anche nel settore già presidiato dal famoso terzo pilastro, sia perché tale organo costituzionale non riesce a intercettare le regole - ed eventualmente a modificarle - che nascono dall'interpretazione giudiziale. Queste, infatti, si avvalgono di più formanti superiori alla legge ordinaria: la fonte internazionale, la fonte europea - espresse entrambe anche tramite la voce giurisprudenziale - e il formante costituzionale, che il giudice ordinario applica direttamente, senza ricorrere al giudice delle leggi, in virtù del principio dell'interpretazione adeguatrice della

legge ordinaria ai precetti costituzionali.

2. *Il sorgere di nuovi poteri di indirizzo politico nelle materie dell'ex terzo pilastro.* In questo quadro è sempre più evidente la sostanziale riduzione dei poteri non soltanto del Parlamento, ma anche del Governo che gode di un'autorità derivata dalla fiducia espressagli dal primo organo costituzionale. Al Governo spetta, secondo il molto laconico art. 95 Cost., il compito, non certo di poco conto, di fornire l'indirizzo politico al Paese in virtù del legame fiduciario con il Parlamento che ne legittima l'operato ai sensi dell'art. 94 Cost. Questo potere è stato eroso in varie maniere e con diverse disposizioni normative, particolari e di sistema, che hanno allocato su soggetti diversi dal Governo il compito di fornire l'indirizzo politico indispensabile per garantire la stabilità all'interno del Paese e l'unità nei rapporti con i Paesi esteri.

Per fare un solo esempio - relativo a una parte delle materie del terzo pilastro - è ormai molto avanzata la tendenza volta ad allocare i poteri di indirizzo in ordine alla prevenzione e al controllo della funzione giustizia ad organi legati al Potere giudiziario e non più al Governo.

Occorre evidenziare, infatti, come le linee-guida relative alla gestione della politica criminale - non soltanto quanto alla repressione, ma anche alla prevenzione - stiano progressivamente concentrandosi nella Direzione nazionale antimafia, istituita dal D.L. 367/1991 convertito con modifiche nella L. 8/1992, divenuta competente anche in materia di antiterrorismo con il D.L. 18.2.2015, n. 7, e, di conseguenza, nelle procure distrettuali, che agiscono in sinergia con il Procuratore nazionale antimafia.

Questo organo ha, con riguardo ai procedimenti di prevenzione antimafia e antiterrorismo, sia funzioni di coordinamento delle attività di indagine svolte sul territorio dalle procure locali, sia funzioni di impulso investigativo. Ha a propria disposizione i servizi centrali e interprovinciali delle forze di polizia e, in particolare, della Direzione investigativa antimafia, che è un organismo di alta specializzazione, istituito con il compito di assicurare lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di investigazione preventiva attinenti la criminalità organizzata di tipo mafioso. Per svolgere le funzioni vengono riconosciuti al Procuratore nazionale poteri incisivi di conoscenza dell'intero complesso dei fenomeni di criminalità organizzata. Il vertice antimafia e antiterrorismo può acquisire copia di qualsiasi atto delle indagini preliminari e di natura processuale che assuma rilievo ai fini della costruzione di una visione globale e unitaria dei fenomeni di criminalità organizzata.

La funzione della DDA di centralizzazione e diffusione delle informazioni

consente al Procuratore nazionale di procedere a colloqui investigativi con persone detenute o internate in carcere che possono fornire indicazioni utili ai fini dell'esercizio delle funzioni di impulso e coordinamento delle indagini, senza necessità di richiedere le medesime autorizzazioni stabilite dalla legge per il personale delle forze di polizia. Poiché la criminalità organizzata costituisce la cupola di gran parte della criminalità agita nel nostro Paese, nonché in vari Paesi esteri, è evidente come spetti ormai alla magistratura inquirente l'incombenza di controllare i flussi finanziari ed economici di origine sospetta e di gestire l'intera politica della giustizia penale.

I poteri del Governo, in ordine alla giustizia e alla sicurezza, appaiono subordinati a quelli della magistratura inquirente. Non soltanto la polizia giudiziaria è alle dipendenze dei procuratori della repubblica. Ma l'intero sistema di prevenzione e lotta contro la criminalità è nella disponibilità della magistratura inquirente in particolare nella DDA che dialoga investigativamente con le ventisei procure distrettuali del Paese.

Né è prevista una qualche forma di dialogo istituzionalizzato e di cooperazione organica della magistratura inquirente con il Parlamento e/o il Governo. Se è vero - come è vero - che la procura nazionale antimafia e antiterrorismo, in raccordo sinergico con i ventisei procuratori distrettuali, esercita la funzione preventiva della criminalità al più alto livello, superando per incisività e radicalità i poteri delle varie autorità di polizia che operano al loro servizio, sarebbe conforme a criteri di ragionevolezza costituzionale che il Procuratore nazionale e i procuratori distrettuali riferissero, almeno a determinate scadenze, al Parlamento e al Governo i progressi o i regressi compiuti nel contrasto alla criminalità, consentendo così a entrambi gli organi costituzionali dello Stato di partecipare attivamente alla delineazione dei criteri guida di tale contrasto e al monitoraggio circa l'efficienza dell'azione compiuta, requisiti entrambi necessari alla gestione del sistema giustizia penale.

3. La degradazione dei poteri giuridici di Parlamento e Governo. In questo quadro, da cui risulta che almeno un pilastro dei famosi tre pilastri di Maastricht è gestito sostanzialmente dalla magistratura inquirente, si aggiungono ulteriori profili che svalorizzano sempre più il ruolo di prevenzione e di controllo dell'ordinato svolgersi dei rapporti sociali e di lotta ai fattori del loro turbamento che dovrebbe spettare al Governo dello Stato.

Il primo profilo concerne l'impatto sull'economia del Paese delle misure di prevenzione patrimoniali, gestite dalla magistratura penale su impulso soprattutto delle procure distrettuali, gerarchicamente riconducibili al Procuratore

nazionale antimafia. Non si contesta certo la rilevanza di tali misure al fine di una riconduzione a legalità della vita economica. Si nota soltanto, nella descrizione obiettiva della condizione reale dei rapporti di potere tra i vari organi dello Stato, che la magistratura inquirente ha assunto compiti straordinariamente incisivi di controllo sociale, non più soltanto limitati alla repressione penale.

Un secondo profilo riguarda il fatto che il personale qualificato addetto al ministero della giustizia è pressoché interamente proveniente dalle fila della magistratura. Lo stesso vale per i consiglieri in materia di giustizia che siedono presso la Presidenza della Repubblica. Lo stesso è a dire per le attività sul piano internazionale. La Rete di formazione giudiziaria europea (RFFG), la Rete europea dei consigli di giustizia (RECG) sono composti da magistrati nominati dal Consiglio Superiore della Magistratura. Ciò vale anche per la nomina dei magistrati presso Eurojust, presso l'Olaf, presso il Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), presso il Consiglio consultivo dei procuratori europei (CCPE). Inoltre il CSM interviene nel procedimento relativo alla designazione, spettante al Governo, dei magistrati che operano a tempo pieno o parziale presso la Commissione dell'Unione europea e il Consiglio d'Europa; dei "magistrati di collegamento" che operano presso ministeri della giustizia di altri Stati europei; di quelli che svolgono la loro attività presso le Corti di giustizia internazionali o presso vari organismi delle Nazioni Unite.

In definitiva, il controllo della gestione della sicurezza e della giustizia a livello internazionale è più nelle mani della classe dei giudici, tutti strettamente dipendenti dal CSM, che non del Parlamento o del Governo.

Un terzo profilo riguarda l'espansione dei poteri del CSM che ne hanno fatto, in materia di ordinamento giudiziario, un vero potere para-legislativo, nonché un organo qualificante in ordine alle linee della politica interna relativa alla libertà, alla giustizia e alla sicurezza dello Stato. L'espansione dei poteri si è svolta lungo cinque direttrici: i) la creazione e la progressiva implementazione dei poteri di regolamentazione e controllo dell'assetto organizzativo e funzionale degli uffici giudiziari; ii) l'interferenza dei suoi regolamenti con il Parlamento e l'attività legislativa; iii) le attività condotte in autonomia sul piano sopranazionale; iv) gli "interventi" a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura"; v) le attività relative alla formazione iniziale e continua dei magistrati. L'implementazione delle competenze, sia complessivamente considerate, sia viste negli specifici contenuti, hanno fatto del CSM una sorta di potere politico - in assenza di riscontro costituzionale - accanto agli altri poteri dello Stato competente nell'intero settore dell'ex terzo pilastro.

In questo quadro vanno aggiunte alle cose già dette le attività di captazione delle conversazioni di una platea immensa di cittadini, sia con strumenti tradizionali che con altri mezzi di altissima invasività sulla libertà e riservatezza individuale, svolte, a fini di controllo della potenziale devianza penale, nei riguardi dei soggetti che svolgono a livello apicale attività economiche, finanziarie, amministrative e politiche, nel corso delle quali, per la necessità di adempiere ai compiti istituzionali, sono coinvolti tutti i vari livelli dell'amministrazione dello Stato, fino ai più alti vertici dei ministri e dei sottosegretari di Stato. Onde, l'attività degli organi di governo è sottoposta capillarmente a un controllo preventivo del proprio operato. Il c.d. controllo di legalità viene infatti esercitato *ex ante* secondo una modalità tipicamente preventiva della potenziale devianza criminale.

4. *Lo sbilanciamento dell'assetto costituzionale.* L'assetto costituzionale appare quindi sbilanciato, divenendo sempre meno atto a garantire organicamente quell'unità di indirizzo politico in ordine alla gestione delle materie della sicurezza, della giustizia e della libertà dei cittadini e di tutti i soggetti che hanno relazioni con lo Stato italiano.

Si consideri che l'unità di indirizzo è un'esigenza rilevante ai fini di rappresentare, in tutte le sedi, internazionali ed europee, gli interessi dell'Italia in modo unitario rispetto agli interessi degli altri Paesi, siano essi esteri a tutti gli effetti, ovvero siano appartenenti all'Unione Europea. Che i singoli Stati – soprattutto quelli maggiormente dotati di risorse sul piano finanziario ed economico ovvero su quello militare, come è il caso, rispettivamente, della Germania e della Francia – proteggano strettamente gli interessi nazionali, spregiando quelli degli Stati più vulnerabili, è apparso evidente negli ultimi mesi di trattative in ordine alla gestione delle risorse finanziarie dell'Unione, anche ai fini di emergenza sanitaria.

L'assenza di un potere governativo che coordini la gestione delle problematiche afferenti alle materie dell'ex terzo pilastro è un fatto che cagiona instabilità sociale e disorganicità negli interventi concreti. La concentrazione di poteri nella magistratura e, specificamente, nella classe dei magistrati inquirenti, provoca un esercizio disorganico del potere, disuguale e discriminatorio a cagione dell'emersione delle regole generali da decisioni emesse su casi singoli, che possono essere condizionati da esigenze particolarissime, senza la visione di carattere globale espressa in funzione della individuazione di un bene comune a tutta la società, nonché, ancor più, a cagione di iniziative investigative calibrate in guise assai differenziate dalle procure della repubblica dislocate

sul territorio.

Questa situazione è costituzionalmente squilibrata. Provoca disordine e sfocia nell'inefficacia della gestione delle materie relative alla giustizia, alla sicurezza e alla libertà dei cittadini.

Purtroppo, un'interpretazione approssimativa della concezione tripartita dei poteri di Montesquieu ha offuscato per lungo tempo il tema relativo al soggetto - *melius*: al plesso dei soggetti - che esercitano la sovranità in un determinato stato di fatto storico. Ove con il concetto di sovranità si deve intendere l'istanza politica superiore cui spetta pronunciare la parola o le parole decisive che inverano le innumerevoli regole che si affollano sullo scenario ordinamentale di ogni Stato, conferendo loro effettività. In realtà, chi avesse la pazienza di leggere l'opera ponderosa di Montesquieu, si avvedrebbe che egli parlava, piuttosto che di tripartizione dei poteri, di due poteri soltanto, quello esecutivo e quello giudiziale, entrambi rigorosamente soggetti alla legge. Peraltro, sotto la concezione di legge, egli intendeva non tanto le leggi in senso formale moderno, bensì il complesso immenso del diritto preesistente alle *ordonnances* reali, ivi compresi i *coûtumes*.

La famosa identificazione della classe dei giudici in coloro che dovrebbero limitarsi a essere la "*bouche qui prononce les paroles de la loi*" (C. Montesquieu, *Esprit des Lois*, XI, 6° ed., Paris, 1949, I, 171) aveva per scopo di sottolineare il fatto che ai giudici non spettava, come non spettava ai funzionari del Re, il potere supremo. Tale potere, in vero, era di pertinenza della legge, cioè della costituzione materiale della Francia, di cui il Re, con i suoi consiglieri e i suoi ministri, era l'interprete, il promotore, il garante e il sommo custode.

Costantino Mortati, forse il più saggio interprete della Costituzione repubblicana, non lasciandosi irretire dai lacci formalistici, coniò non a caso l'espressione "costituzione materiale", allo scopo di evocare il tema costituzionale più rilevante, quello relativo all'individuazione dei soggetti che, in una determinata situazione storica di fatto, esercitano, nella complessa interrelazione tra titolarità dei poteri formali e rappresentanza politica delle forze sociali, economiche e finanziarie, ciò che ancora oggi può definirsi il potere sovrano.

Potere sovrano che - volenti o nolenti - è indispensabile, per necessità delle cose, che sussista, affinché un Paese possa reggere all'impatto delle ordinarie difficoltà, nonché delle straordinarie emergenze che sempre con maggiore frequenza si affacciano a turbare la vita dei cittadini e di tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato; all'impatto delle spinose questioni che atten-

gono ai rapporti con gli altri Stati o con la comunità sovraordinata di Stati, nonché, in definitiva, all'impatto degli accadimenti che implicano scosse potenti sulla struttura e sulla tenuta dell'ordinamento giuridico.

5. *L'esigenza del rispetto delle competenze del Governo.* Come detto in precedenza l'erosione della legalità statale, con il corollario della svalorizzazione del Parlamento, nonché l'interdizione della Magistratura all'applicazione di leggi, emesse soprattutto nelle materie sensibili dell'ordine pubblico e della gestione dei flussi migratori, hanno delegittimato, con sempre maggiore determinazione, i programmi politici del Governo in ordine al controllo e alla gestione dei flussi migratori, cui il Parlamento ha aderito tramite il rapporto di fiducia contemplato dalla Costituzione.

Il controllo e la gestione dei flussi migratori è specificamente di competenza del Governo, in quanto tali fenomeni concernono primariamente la sicurezza dello Stato.

Non è ignoto ad alcuno - *rectius*: forse soltanto alla bizzarra ingenuità di qualche accademico - che tramite l'epocale fenomeno dello spostamento migratorio dei popoli vengono a essere modificati, deliberatamente ovvero anche senza oggettiva preordinazione, gli equilibri etnici, finanziari ed economici e financo religiosi preesistenti. In questi spostamenti si annidano anche rischi concreti di destabilizzazione terroristica, finanziaria, economica e sociale dell'ordinamento democratico degli Stati.

In secondo luogo, tali fenomeni concernono i vari profili della giustizia, nell'ambito dei rami cruciali in cui essa si attua, dal diritto del lavoro al diritto di famiglia; dal diritto amministrativo al diritto penale.

Tali fenomeni incidono fortemente, poi, sull'ordine pubblico e sul diritto sanitario. Anche a questo riguardo soltanto un'affettata - ma spesso non veridica - neutralità politica può disinteressarsi del fatto che larga parte delle attività criminali di basso-medio livello sono gestite da gruppi organizzati di immigrati irregolari, controllati e diretti però da gruppi potenti, che controllano con violenza la prostituzione e il commercio della droga, i quali si avvalgono di una condizione di regolarità formale, peraltro inviando ai Paesi di appartenenza le ingenti risorse economiche ricavate dai traffici illeciti.

È corretto osservare che una quota rilevante di detenuti nelle carceri italiane è di provenienza straniera. Ma, accanto al giusto moto di compassione per la sofferenza patita da persone vulnerabili per le condizioni di miseria da cui provengono, non può lo Stato trascurare che quella popolazione detenuta non si trova in condizioni di detenzione per il capriccio delle leggi o per

l'arbitrio degli organi giudiziari, bensì perché convinta di colpevolezza per delitti che mettono in pericolo la pace sociale, l'ordine pubblico e l'ordinato svolgersi della vita sociale.

Le implicazioni di diritto sanitario sono poi particolarmente preoccupanti. E' condotta ipocrita accogliere sul territorio centinaia di migliaia di persone senza garantire loro l'assistenza sociale e sanitaria indispensabile per una vita sufficientemente civile, esente dalle malattie e dalla miseria.

Si tratta di problemi complessi la cui gestione implica il confronto e la cooperazione con gli Stati esteri, sia con quelli di provenienza o di transito dei migranti, sia con quelli dell'Unione Europea, al cui interno la materia del diritto di asilo (strettamente connessa con il problema più acuto di alcune migrazioni, ma strumentalizzata spesso per ottenere il riconoscimento legale di un ingresso semplicemente irregolare) è stata normata dapprima con la Convenzione di Dublino (15 giugno 1990) e successivamente aggiornata dal Regolamento europeo 2003/343/CE (regolamento Dublino II) e dal Regolamento 2013/604/UE (regolamento Dublino III).

La materia è stata poi oggetto di una forte contrattazione tra gli Stati dell'Unione Europea in relazione al codice frontiere Schengen, pilastro centrale delle frontiere esterne. Esso stabilisce le norme dell'attraversamento delle frontiere esterne e le condizioni per la reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne. Obbliga gli Stati membri ad effettuare verifiche sistematiche nelle banche dati pertinenti a tutte le persone, inclusi i beneficiari del diritto di libera circolazione ai sensi del diritto UE quando attraversano le frontiere esterne.

Le cose sono divenute talmente complesse che negli ultimi sei anni ha dovuto operare una nuova agenzia, l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex). Tale agenzia decentrata è incaricata di monitorare le frontiere esterne dell'Ue e, insieme agli Stati membri, di individuare e affrontare le minacce potenziali per la sicurezza. Il Parlamento europeo ha chiesto in più occasioni di rafforzare il ruolo di Frontex per accrescerne la capacità di fronteggiare con maggiore efficacia l'evoluzione dei flussi migratori. Per esempio, nella sua risoluzione del 2 aprile 2014, sulla revisione intermedia del programma di Stoccolma, il Parlamento ha chiesto che le guardie di frontiera europea sorvegliino le frontiere Schengen. Ma si è trattato sempre di raccomandazioni, suggerimenti, proposte. Nel settembre 2018, la Commissione ha presentato una nuova proposta per rafforzare l'Agenzia Europea della Guardia di frontiera e costiera, che è stata adottata nel novembre 2019. L'agenzia ha ottenuto un nuovo mandato, mezzi e poteri propri per proteggere le fron-

tiere esterne, effettuare più efficacemente i rimpatri e cooperare con i Paesi terzi.

Tutto ciò costituisce un segno evidente dell'esigenza imprescindibile, per la pace interna della nazione, che gli Stati controllino le frontiere esterne dell'Unione, sia di quelle in cui v'è continuità territoriale con gli Stati esteri, sia, soprattutto, di quelle in cui la frontiera è di tipo marittimo, il cui controllo esige particolare attenzione e l'implementazione di risorse investigative e di mezzi tecnici, che implicano investimenti elevati.

L'Italia è rimasta isolata ad affrontare l'impatto sempre più invasivo di un afflusso di migranti organizzato proveniente dai paesi della costa meridionale del Mediterraneo. Afflusso incontrollabile gestito da gruppi criminali che approfittano della miseria delle popolazioni subsahariane per vendere uomini e donne come merci, affinché servano come manodopera a bassissimo costo nei vari Paesi dell'Europa sviluppata ovvero - ancor peggio - come veicoli per lo sfruttamento sessuale o per il commercio della droga.

6. *L'esigenza di lealtà nei rapporti tra istituzioni e poteri dello Stato.* Soltanto un astrattismo giuridico libresco o un'attitudine politica determinatamente avversa al controllo statale dei flussi migratori - controllo diretto al contrasto degli schiavisti e alla protezione stessa dei migranti, nonché alla garanzia dei cittadini e dei residenti regolari in Italia - possono immaginare di sottrarre al Governo nazionale la competenza primaria in una materia cruciale non soltanto per assicurare la stabilità dell'ordine e della sicurezza pubblica, ma anche per fornire la garanzia seria e credibile della sopravvivenza economica e del godimento dei diritti civili ai soggetti provenienti da Paesi in condizioni di forte arretratezza sociale ed economica.

Nel quadro complesso che si è sopra descritto, la lealtà nella conduzione dei rapporti tra i poteri dello Stato è fondamentale. Anche alla magistratura - riconosciutale naturalmente la massima ampiezza della facoltà di ermeneusi del complesso sistema nazionale e sovranazionale - si impone di giudicare i fatti aventi attinenza con la gestione dei flussi migratori senza alcun pregiudizio di carattere ideologico o politico e senza alcuna pregiudiziale in ordine a una supposta, ma non dimostrata, attitudine vessatoria del Governo nella gestione dei principi derivanti dalle esigenze di sicurezza, giustizia e libertà, che talora implicano un bilanciamento complesso alla luce delle conoscenze globali circa le condizioni del Paese: conoscenza globale che non può che sfuggire alla magistratura.

Chiariti i postulati relativi a una realistica comprensione dei rapporti corretti

tra i poteri dello Stato, si possono esaminare sotto un angolo visuale strettamente giuridico i due provvedimenti emessi in relazione alla vicenda accaduta nel porto di Lampedusa nella notte tra il 28 e il 29 giugno 2019.

L'ordinanza di merito del Tribunale di Agrigento (Sezione GIP) ha respinto la richiesta di convalida dell'arresto effettuato dalla Polizia Giudiziaria italiana della comandante della Motonave Sea Watch 3 per i delitti di cui agli artt. 1100 cod. nav e 337 c.p. La sentenza di legittimità ha rigettato il ricorso della Procura della Repubblica di Agrigento avverso l'ordinanza di merito.

Entrambe le pronunce sono inficiate da evidenti errori giuridici, che non afferiscono a equivoci ermeneutici nascenti dalla presunta esigenza di bilanciamento delle normative nazionali con le fonti sovranazionali e/o costituzionali. Tali fonti vengono ampiamente richiamate nella motivazione delle pronunce; ma del tutto artificiosamente, poiché la corretta interpretazione tanto delle fonti interne quanto di quelle internazionali non conduce affatto ai risultati cui sono pervenuti i magistrati italiani. Di questi errori si darà conto nelle pagine seguenti.

7. La mancata motivazione del giudice sulla legittimità dell'arresto e l'incongrua ortopedia giustificativa della Cassazione. La prima questione verte su una semplice questione di interpretazione delle norme del codice di procedura penale italiano. Su di essa la Corte di legittimità si esercita in sforzi dialettici diretti a delegittimare in radice l'operato della Guardia di Finanza. Si badi: il punto non concerneva la questione dell'eventuale responsabilità penale della comandante della motonave battente bandiera olandese; riguardava soltanto il tema se la Polizia Giudiziaria italiana avesse operato nel rispetto della legge.

Il Pubblico Ministero, pertanto, aveva richiesto la convalida dell'arresto della comandante della Sea Watch e la contestuale applicazione della misura cautelare del divieto di dimora nella provincia di Agrigento. Non aveva, come già accennato, liberato l'indagata, come avrebbe dovuto fare se l'arresto fosse stato illegittimo, ma, anzi, ne aveva chiesto la sottoposizione a misura cautelare. Segno palese che la Procura, organo che appartiene a pieno titolo al plesso della giurisdizione, aveva ritenuto legittimo l'arresto.

Proprio questo si è voluto contestare: che la Guardia di Finanza avesse agito nel rispetto della legge. È raro trovare in provvedimenti giudiziari la negazione della legittimità dell'arresto, se non quando l'errore della polizia giudiziaria sia stato evidente e clamoroso. E ciò si è voluto sostenere nel caso di specie. Non da parte del giudice del merito, che ha travalicato *sic et simpliciter*

l'ambito delle sue funzioni, ma da parte del giudice di legittimità che, senza alcuna esigenza processuale, ha delegittimato l'operato della polizia giudiziaria.

Il procedimento di convalida dell'arresto e di applicazione di misura cautelare - che si svolge avanti al G.I.P. nel medesimo contesto - si caratterizza per la presenza di due fasi ben distinte sul piano tanto concettuale che giuridico. La prima - di convalida - è diretta esclusivamente a giudicare la legittimità dell'arresto alla luce degli elementi di fatto conoscibili con l'ordinaria diligenza dalla polizia giudiziaria al momento dell'intervento. La seconda - di applicazione delle misure - è rivolta al futuro e postula un giudizio sia in ordine alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza per il fatto contestato, che alla ricorrenza di specifiche e inderogabili esigenze di natura cautelare.

La convalida guarda al passato e concerne esclusivamente la situazione di fatto cristallizzata al momento dell'arresto. In tale momento l'ufficiale di P.G. non ha il compito di svolgere complesse operazioni di accertamento fattuale e, tanto meno, di qualificazione giuridica. Ciò considerato il giudice deve limitarsi a stabilire se, in quel preciso momento, gli elementi noti agli ufficiali di polizia giustificassero l'applicazione della misura interinale secondo i requisiti sanciti dal codice di rito.

L'arrestata venne posta subito a disposizione del P.M. e poi del giudice. Essi, proprio in quanto magistrati dotati di potere accertativo giurisdizionale, avevano il dovere di decidere in termini brevissimi circa il suo *status libertatis*. Una norma rilevante, trascurata da entrambe le pronunce, garantisce immediatamente l'arrestato dall'eventuale arbitrio della polizia. L'art. 389 c.p.p. prevede, infatti, che il P.M. competente, cui gli ufficiali di polizia danno immediatamente notizia dell'arresto, ha il dovere di disporre con decreto motivato l'immediata liberazione dell'arrestato ove risulti evidente che l'arresto è stato eseguito al di fuori dei casi previsti dalla legge. Tutti gli adempimenti procedurali furono rigorosamente rispettati. Il pubblico ministero, ritenendo che l'arresto fosse legittimo, non applicò l'art. 389 c.p.p. e trasmise gli atti al giudice. Le garanzie a tutela della libertà personale e dei diritti di difesa furono integralmente rispettate.

L'ordinanza del giudice non ha fornito alcuna motivazione in ordine alla legittimità dell'arresto, omettendo completamente il dovere di motivazione ex art. 125, co. 3, c.p.p. Saltando incongruamente i passaggi prescritti dal codice, ha svolto esclusivamente considerazioni di merito conducenti a ritenere che non sussistesse il reato di cui all'art. 1100 cod. nav. e che, quanto al reato di cui all'art. 337 c.p., fosse operativa la scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Ciò immediatamente, secondo una valutazione *prima facie*, senza attendere che la procura competente svolgesse indagini dirette ad accertare i vari aspetti della complessa vicenda, senza attendere le prove documentali e testimoniali. Così, sulla base delle sole dichiarazioni non riscontrate dell'indagata, dichiarazioni non sottoposte ad alcun vaglio di credibilità, ha ritenuto erroneamente sussistente la scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Il giudice ha travalicato la sfera dei suoi poteri sotto due distinti aspetti. In primo luogo non ha motivato in ordine alla eventuale illegittimità dell'arresto; in secondo luogo ha speditivamente pronunciato un giudizio sul merito della causa, senza attendere l'esito degli accertamenti, sulla base - ripetesi - delle sole dichiarazioni dell'indagata, cercando di pre-giudicare subito il merito della causa, discreditando l'organo vocato per legge a valutare l'esercizio dell'azione penale.

La Corte di legittimità, sul primo motivo di ricorso della Procura circa il travalicamento dei limiti del sindacato spettante al giudice, ha rigettato il ricorso con motivazione fallace per due distinti motivi.

Anzitutto ha travisato il tenore dell'ordinanza. Sostiene, infatti, la Corte che il giudice avrebbe preso in esame e argomentato le ragioni della non convalida dell'arresto (cfr. p. 7 della sentenza). Ciò non corrisponde al vero. Il giudice di Agrigento non aveva motivato sull'illegittimità dell'arresto, essendosi limitato a dire - a suo avviso e con ragionamenti che si sviluppano per svariate pagine - che un reato era insussistente e che l'altro era assistito da una scriminante. Ma il giudice non si è in alcun modo pronunciato in ordine al fatto se, al momento dell'arresto, sussistessero le evidenze circa l'insussistenza del fatto e circa l'operatività di una scriminante che richiede l'approfondimento delle norme extrapenali integratrici del contenuto della causa giustificante, descritta in modo incongruamente laconico dal legislatore.

L'asserto che il giudice avrebbe argomentato sull'illegittimità dell'arresto non è un *obiter dictum*. La Corte insiste nel travisamento del dato processuale. Asserisce, infatti, a pagina 8: "Secondo quanto argomentato nel provvedimento impugnato, la misura precautelare era stata adottata al di fuori del perimetro della legalità, in forza della ricorrenza di una causa di giustificazione, individuata nell'adempimento del dovere di soccorso".

Ciò - si ribadisce - non è conforme a quanto risulta nell'ordinanza. Infatti il giudice non ha richiamato nel suo provvedimento la disposizione dell'art. 385 del codice di rito, che non consente l'arresto allorché "tenuto conto delle circostanze di fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una cau-

sa di non punibilità”.

Se avesse richiamato tale articolo, in punto di diritto, e avesse argomentato, in punto di fatto, che la polizia giudiziaria sarebbe stata in grado di rendersi conto dell'esistenza della scriminante, e, per questi motivi, avesse dichiarato l'illegittimità dell'arresto, il giudice avrebbe rispettato il suo dovere di motivazione. Non lo ha fatto e ha travalicato i limiti del suo potere. L'ortopedica inserzione di una motivazione in un provvedimento che non la contiene, aggiungendo che questa motivazione sussiste, integra una violazione dell'obbligo di leale e completa delibazione degli atti giudiziari.

Si noti, peraltro, in punto di fatto: • alle ore 23.00 circa del 28 giugno la comandante della motonave iniziava l'ingresso nel porto di Lampedusa, in spregio all'espresso divieto di ingresso delle autorità portuali italiane; • ciononostante, dopo avere reiteratamente ricevuto via radio l'ordine legittimo di fermare il moto dell'imbarcazione, procedeva egualmente nel suo intento; • pur essendo stata avvicinata da una motovedetta della Guardia di Finanza, con attivazione dei segnali previsti dal codice internazionale per farla desistere dall'ingresso, ella entrava ugualmente e indirizzava la motonave verso la banchina del molo commerciale, già occupata dalla motovedetta militare con lampeggianti e luci di navigazione accese; • urtava infine con la propria fiancata di sinistra il fianco sinistro del mezzo italiano, che veniva compresso tra la Sea Watch e la banchina.

Alla manovra, compiuta in spregio di ordini legittimamente impartiti dalle autorità militari italiane, erano inerenti elementi di estrema pericolosità, non soltanto per i mezzi, ma anche per le persone – i militari italiani in primo luogo e, poi, anche i trasportati sulla motonave – coinvolti nella manovra non consentita di attracco alla banchina. Circostanze puramente fortuite hanno evitato che si verificassero pregiudizi all'incolumità delle persone. La condotta deve essere valutata nella sua pericolosità *ex ante*, non nelle conseguenze fortuitamente non gravi che sono accadute.

Che, in questa situazione convulsa, in cui l'incolumità dei militari era stata messa a rischio, costoro abbiano potuto ipotizzare la sussistenza della scriminante del dovere di soccorso, quando nessun trasportato sulla nave si trovava in pericolo e una situazione di tal genere sorgeva esclusivamente dallo speronamento volontariamente compiuto ai loro danni, è cosa incompatibile con i normali criteri in cui si esercita la razionalità umana.

8. *L'erronea sovrapposizione dei presupposti relativi alle misure cautelari ai presupposti relativi alle misure precautelari.* Non basta. Per sostenere la tesi

che, nel caso di specie, avrebbe dovuto applicarsi l'art. 385 del codice di rito (che non consente l'arresto nel caso in cui "appare" una scriminante), il giudice di legittimità - che si è premurato di coonestare a posteriori le conclusioni non motivate del giudice di merito - fa un confronto illogico tra due fattispecie normative eterogenee, quella contemplata all'art. 385 c.p.p. e quella prevista all'art. 273, co. 2 c.p.p., che riguarda la valutazione del giudice in ordine all'applicazione della misura cautelare.

Mentre, come visto, l'art. 385 non consente l'arresto se "appare" che sussista una causa di giustificazione, l'art. 273, co. 2 sancisce che: "Nessuna misura può essere applicata se "risulta" che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione".

La Corte allora argomenta che l'arresto non poteva essere convalidato (e, dunque, era illegittimo) tramite l'estensione del parametro dell'art. 273 alla fase della convalida. Così motiva: "che l'unica interpretazione [quella della illegittimità] sia l'unica percorribile si ricava, a parere del collegio, dalla circostanza che l'art. 273 cod. proc. pen. impone al giudice delle indagini preliminari, che emette una ordinanza di custodia cautelare, di valutare, in sede di adozione della misura cautelare, se "risulta" che il fatto sia stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione...". E conclude: "se il giudice, nell'adottare una misura privativa della libertà personale, deve valutare il profilo in questione nei termini sopra indicati, non può ritenersi che la polizia giudiziaria, nell'effettuare un arresto in flagranza, abbia più ampi poteri rispetto all'autorità giudiziaria che è competente in via generale alla restrizione della libertà personale".

L'argomento è manifestamente illogico e contrario alla legge processuale, rigorosamente interpretata in senso conforme alla Costituzione.

In primo luogo, la stessa terminologia utilizzata dalla legge è significativa in ordine alla sussistenza di un diverso criterio di valutazione nei due momenti diversi, da parte della polizia e da parte del giudice, in tempi diversi e con disponibilità informative completamente difformi.

Nel corpo dell'art. 385 il legislatore usa il termine "appare". Ha così inteso riferirsi a una situazione precaria caratterizzata da una evidenza *prima facie* tale da indirizzare inequivocamente al riconoscimento della scriminante. Si tratta - ripetesì - di una valutazione *prima facie*, interinale e interlocutoria, tipica della fase precautelare. Non è che i poteri di limitare la libertà personale della polizia siano maggiori di quelli del giudice, come erroneamente dice la sentenza; gli è, invece, che i poteri di accertamento della prima sono di molto inferiori rispetto a quelli del giudice. Meno pregnanti, perché esercitati

in una fase di urgenza, senza la possibilità di approfondimenti in ordine al complesso delle circostanze di fatto. Si noti, peraltro: il giudice ha desunto - erroneamente - il presunto dovere di soccorso esclusivamente in forza dell'interrogatorio dell'indagata. Tale elemento - il Rackete *dixit* - non era noto alla polizia giudiziaria che conosceva la situazione come constatata direttamente e come rappresentata sul piano giuridico dall'autorità a lei gerarchicamente superiore.

Spetta al giudice, e prima ancora al PM, scendere in profondità nella valutazione, il primo al momento della richiesta della convalida e il secondo quando deve valutare, in ordine alla richiesta di applicazione della misura, "se risulta", secondo valutazione condotta con criteri di elevato o rilevante grado di probabilità, che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione.

Inoltre, al di là della scorretta interpretazione semantica, la fallacia dell'argomento della Corte è denunciata dalla collocazione sistematica e dall'interpretazione teleologica in ordine al rapporto tra le due disposizioni, quella dell'art. 385 e quella dell'art. 273, co. 2 c.p.p.

La Corte ha sovrapposto in modo illogico i presupposti relativi alle misure cautelari ai presupposti relativi alle misure precautelari, quando, invece, è nell'ordine delle cose (nonché pienamente conforme alla Costituzione) che i presupposti per l'arresto (e per la convalida) siano a maglie più larghe e meno stringenti rispetto ai rigorosi requisiti per l'applicazione delle misure cautelari. Per usare il rudimentale e illogico argomento della Cassazione circa i "maggiori poteri", è la legge, mai contestata come sospetta di difformità dall'art. 13 della Costituzione, che prevede espressamente che l'arresto possa essere eseguito secondo margini più ampi di valutazione di quelli relativi all'applicazione della misura cautelare. L'arresto, infatti, può essere applicato anche in assenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle concrete esigenze cautelari. Ugualmente: è legittimamente applicato anche se non sia stato svolto quell'accertamento, di competenza del giudice, diretto a verificare se "risulti" con caratteri di alta credibilità razionale la sussistenza di una causa di giustificazione.

Quanto al primo motivo di ricorso della Procura, la Corte di legittimità: i) ha dato per sussistente una motivazione sul punto del giudice di merito, quando tale motivazione era inesistente; ii) non ha stigmatizzato, di conseguenza, lo straripamento dei poteri del giudice; iii) ha sostituito alla motivazione *ex ante* del giudice una motivazione *ex post* che non tiene conto delle circostanze di fatto presenti al momento dell'arresto; iv) ha interpretato il complesso dispo-

sitivo delle norme che abilitano la restrizione della libertà personale in modo confliggente con la lettera, con la *ratio* della distribuzione dei poteri tra la polizia giudiziaria e il giudice, nonché con la struttura logica alla base delle norme, che impone la differenziazione di facoltà in ordine all'accertamento da compiersi nelle distinte fasi dell'arresto (con la relativa convalida) e dell'applicazione della misura cautelare.

9. *La fallace individuazione del dovere di soccorso.* Quanto poi, all'interpretazione delle norme giuridiche applicabili al caso concreto in ordine alla sussistenza della scriminante *ex art. 51 c.p.*, gli errori di diritto e le illogicità argomentative sono numerosi.

Si tralascia la questione relativa alla natura di nave *da guerra* della motovedetta della Guardia di Finanza. In questo caso l'interpretazione strettamente letterale delle disposizioni consente di escludere tale requisito: infatti, pur essendo a tutti gli effetti la motovedetta una nave militare, essa non sarebbe *da guerra* perché il suo comandante non era un ufficiale, bensì soltanto un comandante avente il grado di maresciallo. E - si sa - i marescialli appartengono alla classe dei sottoufficiali e non degli ufficiali!

Si enunciano qui tre aspetti cruciali, prima di esaminare nel paragrafo successivo in dettaglio la Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio marittimo con i relativi allegati.

i) Errore di grammatica probatoria.

La premessa del giudice è che i delitti contestati non dovessero essere esaminati atomisticamente, bensì alla luce degli accadimenti precedenti. La Corte convalida questa interpretazione.

L'approccio metodologico non è condivisibile. Gli accadimenti contestati possedevano una medesima contestualità spazio-temporale e una chiara unità di tipo teleologico (*id est*: entrare in porto e attraccare nonostante i divieti dell'autorità di governo italiana): elementi che non possono essere legittimamente offuscati con profili esterni all'oggetto dell'imputazione.

Gli antecedenti possono spiegare i motivi dell'azione, non la sua intrinseca oggettività. Così, per fare un esempio, se un soggetto abbia tenuto una condotta omicidiaria con il motivo di difendersi, ma sono carenti i requisiti del pericolo attuale di una offesa ingiusta, nessuno avrà l'ardire di prospettare la legittima difesa. La presenza di una causa di giustificazione va accertata anzitutto nella sua oggettività. Nel caso di specie, l'oggetto della valutazione non concerneva il motivo soggettivo della condotta, bensì l'intrinseca natura oggettiva dell'atto.

Oggetto di valutazione erano i fatti accaduti nella notte tra il 28 e il 29 giugno. La vedetta militare non aveva consentito l'ingresso in porto adottando tutte le misure previste da leggi e regolamenti per rendere noto il divieto al comandante della nave senza possibilità di equivoci. La stessa non soltanto aveva violato il divieto entrando in porto – proseguendo nelle violazioni già compiute in precedenza entrando nel mare territoriale – ma altresì aveva indirizzato la motonave verso la banchina del molo commerciale ove era ormeggiata con lampeggianti e luci di navigazione accese l'imbarcazione militare. Questo l'oggetto della valutazione, dal cui doveroso accertamento ha deviato il giudice di merito, col pretesto di una valutazione “non atomistica”, ma complessiva.

ii) Un secondo errore di grammatica di diritto penale ordinario.

Dato e non concesso che l'indagata agisse per motivi di soccorso – ma ciò neanche l'indagata lo ha detto, come si vedrà *infra* – i criteri decisivi per valutare la plausibilità dei motivi e la concreta esistenza dei requisiti del soccorso vanno esaminati nel quadro del confronto tra la condotta attuata al fine di soccorrere e l'evento del reato e alla luce della proporzione tra la condotta concretamente serbata e l'offesa arrecata all'ordinamento. In altri termini, era necessario al fine di soccorrere – dato e non concesso che la condotta avesse tale intrinseca natura – i soggetti imbarcati sulla nave, indirizzare la Sea Watch contro la motovedetta della Guardia di Finanza? E, inoltre, questa offesa, con i rischi concreti per l'incolumità delle persone, era proporzionata rispetto alla condizione effettiva in cui si trovavano gli imbarcati? Quale era il livello di pericolo attuale di costoro che bilanciassero la violazione dell'art. 337 c.p., nonché il danno alle cose e il rischio per l'incolumità di terze persone? Nulla è stato argomentato nelle due sentenze in ordine a questo punto decisivo.

iii) Un terzo errore concerne l'erronea indicazione delle fonti internazionali come rilevanti per risolvere il caso.

Le pronunce assumono che la sussistenza del dovere di soccorso si desume dalle Convenzioni internazionali e dall'obbligo consuetudinario di soccorso in mare, che integra un precetto di diritto internazionale generalmente riconosciuto e, quindi, direttamente applicabile nell'ordinamento interno in forza dell'art. 10, co. 1, Cost.

Ciò è assolutamente ovvio. Ma il problema non è se esista l'obbligo di soccorso in mare, bensì se nel caso in questione ricorressero i presupposti di tale fattispecie.

In vero, nel caso di specie, il soccorso in mare era già avvenuto, dato e non concesso che all'origine fosse accaduto effettivamente un evento di tal genere

e non, invece, un'operazione concertata di favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

In effetti - a considerare le cose in modo non atomistico, proprio come vorrebbe il giudice - l'evento, qualificato nei vari atti come di "potenziale *distress*" di una imbarcazione, si era verificato nella zona SAR libica, alla distanza di 47 miglia nautiche dalle coste di tale Paese. L'autorità costiera libica aveva inviato alla Sea Watch 3 una comunicazione con cui dichiarava di assumere, come previsto in base degli accordi tra gli Stati, il coordinamento dell'evento SAR. Nonostante ciò, la comandante della Sea Watch trasferiva le persone sulla propria motonave, rifiutando l'assegnazione del POS nel porto di Tripoli, siccome giudicato "porto non sicuro". Ugualmente non sicuri, secondo la valutazione personale della comandante, sarebbero stati i porti della Tunisia.

È pacifico, dunque, che l'Autorità italiana era incompetente fin dall'origine a farsi carico della ricezione nelle proprie acque territoriali della motonave olandese. Questa, in vero, aveva rifiutato l'invito a rivolgersi nel porto previsto come quello in cui il soccorritore avrebbe dovuto dirigersi, a norma del diritto internazionale pattizio, nonostante la disponibilità del Paese competente. Correttamente, dunque, il 13 giugno, il Ministro dell'Interno aveva inviato, con valore di notifica, una e-mail alla Sea Watch, in cui ribadiva l'obbligo della comandante di rivolgersi alla autorità SAR competente per territorio e in cui le intimava il divieto di ingresso in acque territoriali italiane, in quanto ai sensi della Convenzione Montego Bay art. 19, co. 2 l'entrata in tali acque era da ritenersi "non inoffensiva", perché finalizzata alla violazione delle leggi vigenti sull'immigrazione.

La situazione, non atomisticamente, ma complessivamente considerata, è pertanto ben diversa da quella definita come afferente a un soccorso in mare.

Il punto della causa non è il soccorso in mare - evento già avvenuto ed esaurito - bensì il tema relativo al collocamento degli imbarcati in un luogo di destinazione finale. Fu, in vero, la deliberata e pervicace violazione, da parte della comandante, delle regole internazionali che disciplinavano all'epoca gli obblighi dei vari Stati, a creare una situazione di "*distress*" giuridico, che avrebbe potuto risolversi soltanto attraverso la interrelazione e la mediazione dei vari Stati interessati, in particolare quello competente per la zona SAR e quello di bandiera della nave, nonché tra i soggetti proprietari della nave e i loro rappresentanti, l'Alto Commissario per le Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e i vari Stati partecipi del programma Frontex, tra cui, evidentemente, anche l'Italia. E, per questo aspetto, erano all'epoca in corso rapporti

di scambi informativi e di proposte tra i vari Stati ed enti interessati, anche alla luce della doverosa collaborazione dell'Europa con l'Italia, bersaglio prescelto dalle organizzazioni criminali per il trasferimento di migranti in condizioni di miseria.

Infatti, alla base di tutto vi è la questione - completamente trascurata dal giudice e dalla Corte - del doveroso contrasto dello Stato italiano ai sempre più frequenti fenomeni di trasporti di migranti, depredati dei loro risparmi e successivamente abbandonati in mare aperto dagli "scafisti" - *rectius*: schiavisti - che, tramite le reti di contatto allacciate con una serie di organizzazioni *free lance*, sfuggenti al controllo degli Stati, nonché degli organismi sovranazionali, organizzano il trasferimento in Italia di soggetti schiavizzati. Non è un caso, per vero, che il 28 giugno il Procuratore aggiunto della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento avesse aperto, a seguito della ricezione dell'annotazione di polizia giudiziaria redatta in data 27 giugno dalla Stazione navale di Palermo, un fascicolo a carico della comandante della Sea Watch, in relazione alle ipotesi di reato di cui all'art. 12, co. 1 e 3, lett. a) T.U.I. e all'art. 1099 cod. nav.

Anche questo va detto ai fini di una valutazione non atomistica della vicenda. Il Governo italiano, confortato in ciò anche dalle iniziative di varie Procure della Repubblica siciliane, stava svolgendo una impegnativa opera di contrasto non tanto degli immigrati irregolari, quanto piuttosto delle organizzazioni criminali che sfruttano la miseria per la vendita di uomini e donne come merce umana in Europa.

Quindi, sostenere che in quella situazione, in cui il soccorso già era stato compiuto e la problematica concerneva la trattativa tra gli Stati e gli enti interessati in ordine alla allocazione definitiva dei migranti, si discosta di gran lunga dalla realtà effettiva.

10. *L'improprio riferimento alle Convenzioni internazionali.* Quanto alle Convenzioni internazionali, va escluso, anzitutto, come già detto nel paragrafo precedente, che la vicenda innescata dalla Sea Watch riguardasse un soccorso in mare. Riguardava, invece, la pretesa di allocare in Italia i migranti che la comandante della motonave si era rifiutata di sbarcare nel porto competente. Ciò premesso, l'unica Convenzione che ha attinenza con la vicenda in esame - non con il soccorso in mare, beninteso, ma con i complessivi accadimenti che hanno fatto seguito al soccorso - è la Convenzione di Amburgo adottata il 27 aprile 1978, cui l'Italia ha aderito con L. 3 aprile 1989, n. 147 e resa esecutiva con il D.P.R. n. 662 del 1994.

La Corte sostiene che l'obbligo di soccorso comporta "l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli [i soccorsi] in un luogo sicuro, cosiddetto '*place of safety*'" (sentenza p. 11). Menziona il punto 3.1.9. di tale Convenzione e richiama le linee-guida sul trattamento delle persone soccorse in mare (Ris. MSC 167-78 del 2004), allegate alla Convenzione SAR.

In nessun luogo, la Convenzione e le linee-guida dichiarano che il disimbarco delle persone soccorse in un luogo sicuro ("*place of safety*") costituisca un obbligo accessorio del dovere fondamentale di soccorso in mare, anzi, la Convenzione, rendendosi conto delle difficoltà inerenti alla soluzione del problema, formula, rinviando alle linee-guida, una serie di raccomandazioni agli Stati per assicurare lo sbarco.

In vero: i) anzitutto il soggetto che ha il dovere di procedere al disimbarco è quello responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene praticata assistenza (punto 3.1.9. Conv.). Nel nostro caso, la Libia, presso il cui porto la comandante si è rifiutata di indirizzare la motonave con le persone soccorse. L'Italia non era responsabile della zona in cui l'assistenza era stata prestata. Puntualmente, pertanto, aveva notificato alla Sea Watch di non assumersi il ruolo di responsabile;

ii) in secondo luogo, la "*place of safety*" è primariamente il luogo ove le operazioni di salvataggio sono considerate concluse. Ma tale luogo è considerato anche quello ove la sicurezza di vita dei soccorsi non è minacciata e ove sono soddisfatti i bisogni umani di base, come cibo, ripari di base e medicine. Il Governo italiano ha provveduto con sollecitudine a evacuare, in ben tre occasioni distinte di intervento, le persone che apparivano bisognose di cure mediche e ha costantemente monitorato le condizioni di sicurezza in mare della motonave tramite la propria struttura militare di controllo e intervento.

Pertanto, la vita e la sicurezza degli imbarcati non è mai stata in pericolo;

iii) in terzo luogo la "*place of safety*" è anche l'unità di salvataggio ovvero altra nave adatta, fino a quando non sia stato individuato il luogo di disimbarco finale. Quindi, la Convenzione tiene in conto le difficoltà che possono insorgere nell'individuazione del luogo di sbarco e non fissa termini inderogabili di tempo entro i quali esso debba avvenire;

iv) l'indicazione della "*place of safety*" non è automatica - e nel caso di specie non era l'Italia. La stessa viene determinata in base alle particolari circostanze del caso e all'esito delle trattative tra i soggetti interessati. Dicono le linee-guida (RES MSC 167-78), al punto 6.15, che ogni caso è unico e che la selezione della "*place of safety*" esige di tener conto della varietà di importanti fattori, tra cui, nel caso di specie, ricorreva l'esigenza di un coordinamento

internazionale ed europeo in ordine al quale l'autorità italiana versava in rapporto di dialogo e di trattativa con gli altri Stati europei.

L'asserto, pertanto, circa la sussistenza della scriminante *ex art. 51* del soccorso in mare è completamente infondato.

Piuttosto, nel caso di specie, sarebbe potuta venire in considerazione la norma di cui all'art. 54 del codice penale, che contempla lo stato di necessità. A tale stato si è, infatti, richiamata l'indagata nel suo interrogatorio. Senonché di tale scriminante non sussistono in alcun modo i requisiti: né il pericolo attuale di un danno grave alla persona, né la proporzione tra il delitto commesso (la violenza compiuta per opporsi alla Guardia di Finanza nello svolgimento dei suoi doveri di servizio nei confronti della collettività) e i rischi per le condizioni difficoltose di vita delle persone ancora imbarcate. Si noti che, nel riferire i presupposti della necessità, l'indagata ha dichiarato che "diverse persone del mio *team* hanno espresso serie preoccupazioni, uno dei medici ha detto che non avrebbe più potuto prevedere le reazioni delle persone a bordo ... e il coordinatore ospite ha detto che le persone stavano perdendo la fiducia nell'equipaggio".

Nessun pericolo attuale per la vita, per la salute e per l'incolumità è stato addotto dalla stessa comandante come motivo del delitto compiuto.

11. *Conclusioni.* Forse un giudice benigno, *pro bono pacis*, in sede di giudizio, per evitare la condanna di un importante esponente internazionale del mondo che opera nei mari sottraendosi al controllo degli Stati nazionali e gestendo situazioni di estrema complessità politica, secondo il proprio arbitrio, in totale autonomia, avrebbe potuto, applicando creativamente gli artt. 54 e 59 ult. co. c.p., pronunciare *ex art. 530, co. 2 c.p.p.* l'assoluzione a favore dell'imputata, ritenendo che la stessa avesse agito ritenendo per errore che esistesse una situazione di necessità.

Sarebbe stata questa un'interpretazione benignissima della legge, fatta bendandosi gli occhi in ordine alla pervicace violazione delle leggi compiuta dall'interessata nella vicenda complessiva oggetto d'esame e in ordine all'assoluta esistenza oggettiva della scriminante. Ma ciò - in un quadro politico estremamente complesso e di incertezza internazionale in ordine alla gestione delle emergenze migratorie - non avrebbe indignato alcuno. Inaccettabile è che sia stata delegittimata in maniera giuridicamente impropria l'azione della polizia giudiziaria italiana che, insieme alle unità militari di altre forze statali, hanno consentito nel corso degli ultimi decenni il salvataggio di migliaia di persone nel mare Mediterraneo e hanno garantito l'ingresso in Italia

di centinaia di migliaia di migranti, assicurando loro sicurezza di vita e possibilità di esercitare i diritti di libertà previsti dalle leggi e dalle convenzioni internazionali.