

ATTUALITÀ

FILOMENA PISCONTI

Lineamenti penalistici dei soccorsi in mare nei decreti “Piantedosi”

Nel solco tracciato dai decreti Salvini *bis* e Lamorgese che perseguivano l'obiettivo di neutralizzare i flussi in entrata dei migranti verso le coste occidentali, il decreto-legge 2 gennaio 2023 n. 1 detta delle vere e proprie condizioni di legittimità dell'operato di salvataggio delle ONG nel Mediterraneo. Dopo la strage di Cutro la questione dei soccorsi in mare non trova ancora concrete risposte del legislatore che, invece, ritiene necessario prevedere un inasprimento sanzionatorio delle fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione, fino all'introduzione di un nuovo reato, nel decreto-legge 10 marzo 2023 n. 20, in caso di morti o lesioni conseguenti a delitti in materia di immigrazione clandestina. In queste ultime disposizioni si intravede la scelta di utilizzare il diritto penale, quale strumento privilegiato per promuovere il messaggio di uno Stato che reagisce di fronte ai disastri in mare con implacabile severità.

Criminal profiles of rescue operations in “Piantedosi” decrees

By pursuing concrete needs for repression, the case-law has profoundly altered the structure of the offence of embezzlement against the Italian State (art. 316-bis i.c.c.). In the past, the Supreme Court used to identify the moment when the offence was committed differently according to the specific case. Today an opposing thesis seems to emerge, which confirms the omissive and instantaneous nature of the crime. Nevertheless, some passages of the most recent rulings raise doubts that the tempus commissi delicti might continue to remain uncertain in the future too.

SOMMARIO: 1. Lo scenario di partenza: la retorica dello *smuggling* umanitario. - 2. I soccorsi prima dei decreti Meloni: dalla stagione dei Codici di condotta alla criminalizzazione nel decreto-legge Lamorgese. Breve *excursus*. - 3. I soccorsi sotto il nuovo Governo Meloni: i primi provvedimenti degli sbarchi selettivi. Quale compatibilità con il riconoscimento di una posizione di garanzia del comandante della nave? - 4. Il nuovo Codice di Condotta delle O.N.G. e la tecnica di depenalizzazione. - 5. La vicenda di Cutro e la nuova fattispecie penale. Un'occasione mancata per prevenire le stragi in mare.

1. *Lo scenario di partenza: la retorica dello smuggling umanitario.* L'analisi dei profili penalistici dei soccorsi in mare si colloca sempre più nella dimensione della cd. *crimmigration* indiretta, quale attuazione di una politica criminale incentrata sulla repressione di qualsiasi condotta strumentale o accessoria rispetto al fenomeno dell'immigrazione irregolare, sia sul versante dell'ingresso nel territorio nazionale che su quello relativo alla permanenza dei migranti *sine titulo* all'interno dello stesso.

Quel che rileva è un vero e proprio ampliamento soggettivo del fenomeno nella tendenza di criminalizzazione verso ogni forma di aiuto e soccorso in favore degli stranieri.

Benché la letteratura statunitense riconosca solo tre direttrici del fenomeno “*crimmigration*”¹, esempio di pericolosa contaminazione tra diritto penale e regole amministrative sulla gestione del fenomeno migratorio, la recente evoluzione legislativa suggerisce l’individuazione di una possibile quarta “indiretta”, in cui collocare la recente retorica dello *smuggling* umanitario.

La locuzione “*smuggling* umanitario” costituisce un ossimoro: il concetto di *smuggling* rievoca il concetto di contrabbando per fine di profitto e perciò incompatibile con finalità umanitarie. Eppure, il diritto europeo e il diritto italiano tipizzano questa fattispecie a prescindere dalla finalità del profitto², come semplice aiuto prestato in favore dell’ingresso irregolare dello straniero, dimostrando come vi sia spazio e occasione per la configurazione di uno *smuggling* di “tipo” umanitario.

¹ Senza pretesa di esaustività sul tema cfr. RUGGIERO, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal “decreto Minniti” al “decreto sicurezza bis”*, in *Arch. pen. web*, 2020, 2; 1 ss.; SPENA, *La crimmigration e l’espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 2, 491-513; GATTA, *La pena nell’era della “crimmigration”*: tra Europa e Stati Uniti, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 987-1037; CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1492-1502; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019; SIRACUSA, *Sulle tracce della crimmigration in Europa: l’espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Francia e Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. econ.*, 2019, 1-2, 273-325; ROSENBERG RUBINS, *Crimmigration under international protection: constructing criminal law as governmentality*, Southport, 2023; MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in www.la legislazione penale.eu.it, 24 luglio 2019.

² Se Il Protocollo contro lo *smuggling* aggiunto nel 2004 alla Convenzione O.N.U. sul crimine organizzato transnazionale siglata a Palermo nel 2000 aggancia la criminalizzazione dello stesso al perseguimento di un profitto personale, nel diritto italiano e nel diritto U.E. la fattispecie dello *smuggling* esiste a prescindere dalla fine di profitto, come puro e semplice aiuto prestato all’ingresso irregolare dello straniero. Per una analisi sul diverso approccio tra normativa internazionale, europea e italiana, cfr. senza pretesa di esaustività, SPENA, *Human smuggling and irregular immigration in the Eu: from complicity to exploitation?*, in *Irregular migration, trafficking and smuggling of human beings*, a cura di Carrera-Guild, Brussels, 2016, 33-40; ESCOBAR VEAS, *Il fine di profitto, nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 111-120; MITSILEGAS, *The normative foundations of the Criminalisation of Human smuggling, exploring the fault lines between european and international law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 1, 68-85; ZIRULIA, *Non c’è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 143 ss.

Il fenomeno è al centro di un acceso dibattito proprio con riferimento alle vicende dei soccorsi dei *boat migrants*, nel quale prevale l'erroneo convincimento per cui la presenza di natanti di salvataggio, come incolpevoli *pull factors*, pronti a prestare soccorso in prossimità delle coste libiche, finisce per incoraggiare i viaggi dei migranti³.

L'atteggiamento di sospetto intorno all'operato delle O.N.G. ha consentito la diffusione della dilagante narrativa sulla cd. criminalizzazione della solidarietà⁴ nelle aule giudiziarie, dove non poche volte si è tentato di attrarre nella operatività della fattispecie di cui all'art. 12 T.U.imm. le operazioni umanitarie nel Mediterraneo, visto che esse hanno come effetto quello di condurre sul territorio nazionale migranti privi di titolo legittimo di ingresso/permanenza.

L'intervento dell'autorità giudiziaria nella direzione appena accennata è stato decisivo nel dare legittimazione, agli occhi dell'opinione pubblica, alla nuova politica governativa di contrasto alle O.N.G., che si colloca temporalmente a partire dal primo codice di condotta Minniti del 2017 fino alle più recenti disposizioni del d.l. Piantedosi 2 gennaio 2023, n. 1 che introducono delle vere e proprie condizioni di legittimità delle operazioni di salvataggio nel Mediterraneo.

Sembra che il Governo, come mostra l'attacco irragionevole alle O.N.G., abbia individuato nel dovere di soccorso e accoglienza e nel diritto di asilo i fattori che muovono i migranti dai loro paesi verso le coste occidentali e, invece di tracciare soluzioni concrete di prevenzione delle stragi in mare come quelle di Cutro, restringe garanzie fondamentali, quali quella della protezione speciale e sente l'esigenza di porre rimedio ad una presunta inadeguatezza delle sanzioni previste per le diverse ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare:

³ Sull'argomento del *pull factor*, cfr. gli studi di CUSUMANO-VILLA, *Sea Rescue NGOs: a pull factor of irregular migration?* in *Policy Brief*, 2019, 22; ID., *From "Angels" to "Vice Smugglers": the criminalization of sea Rescue NGOs in Italy*, in *Eur. j. crim. policy res.* 27, 2021, 23-40.

⁴ Sul tema cfr. *Migrants' rights, populism and legal resilience in Europe*, a cura di Stoyanova-Smet, Cambridge, 2022, 275; MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, 2; ID., *La criminalizzazione delle O.N.G. e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federal.*, 2019, 2; ID., *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in www.la-legislazionepenale.eu, 22 aprile 2022; BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le azioni dei protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in www.questionegiustizia.it, 4 luglio 2017.

oltre alla rivisitazione di alcuni limiti edittali dell'art. 12, vi è l'introduzione nel d.l. 10 marzo 2023, n. 20 di una nuova fattispecie di «morte come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina».

Gli interventi appena descritti, ad una iniziale lettura e prima di ogni possibile applicazione giurisprudenziale, denotano una certa inutilità, giacché la precedente disciplina, tra applicazione di aggravanti e del concorso formale con reati del tipo omicidio colposo plurimo o lesioni colpose plurime, riconosceva ai responsabili del naufragio sanzioni che raggiungevano il limite massimo di 30 anni di reclusione.

2. *I soccorsi prima dei decreti Meloni: dalla stagione dei Codici di condotta alla criminalizzazione nel decreto-legge Lamorgese. Breve excursus.* La vis polemica intorno allo *smuggling* umanitario si colloca temporalmente a partire dall'adozione del primo codice di condotta del 2017, nato sotto le dichiarazioni del procuratore della Repubblica di Catania Zuccaro, che ipotizzava contatti collusivi tra le O.N.G. e le organizzazioni criminali operanti in Libia per la "consegna" di migranti da trasportare in Europa⁵.

Al primo Codice di condotta del 2017 "volontario" per operazioni di ricerca e soccorso intraprese da organizzazioni non governative della società civile nel Mare Mediterraneo⁶, seguiva quello predisposto dal governo italiano, con una

⁵ «Quando io parlo di prove intendo prove giudiziarie, da poter portare in un dibattimento, queste prove non le ho ma ho la certezza, che mi viene da fonti di conoscenza reale ma non utilizzabile processualmente, che alcune delle navi operano all'interno delle acque territoriali, che ci siano state delle convenzioni dirette, in lingua araba, tra soggetti che stanno sulla terraferma in Libia ed esponenti delle Ong che dichiarano di esser lì pronti a recuperare i migranti, che le navi spengono i trasponder perché non venga individuata la loro posizione che prendano a bordo migliaia di persone ben prima che si verifichi una posizione di pericolo, e dunque fuori dalle norme di legge». Cfr. ZINITI, *Carmelo Zuccaro: "Denuncio, non ho prove, sta ai politici fermare il fenomeno"*, in www.repubblica.it, 28 aprile 2017.

⁶ Cfr. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita urbana e organizzazioni non governative*, in *Dir., imm. cit.*, 2017, 3, 24: «Il Codice di Condotta ONG si posiziona a metà strada tra un documento che intende codificare le norme applicabili alle ONG e un documento interno che regola le loro operazioni. In esso non si trovano accenni (salvo una nota) a norme di diritto del mare e di diritto marittimo che pure regolano la navigazione e il soccorso in mare. Non essendo esso il prodotto dei processi di creazione delle norme di diritto internazionale, il suo contenuto non è vincolante di per sé, ma solo nella misura in cui esso riprende norme giuridicamente vincolanti del diritto internazionale». Per un'analisi "a caldo" del testo, cfr. le numerose e ben argomentate critiche mosse nella Posizione sulla bozza di «Codice di condotta per le Ong coinvolte nel salvataggio di migranti in mare», a cura di Pitea-Trevisanut, pubblicato sul sito di A.S.G.I. il 25 luglio, ed il commento alla sua definitiva approvazione

spiccata valenza politica, per le O.N.G. impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare, che veniva sottoscritto solo da alcune di esse.

Quest'ultimo presenta solo alcune caratteristiche proprie di un atto normativo, visto che impone unilateralmente obblighi di condotta in capo alle organizzazioni, senza far riferimento, tuttavia, a specifiche sanzioni in caso di eventuale inottemperanza⁷. Non ha atto di natura sovranazionale e si esclude la natura di atto regolamentare.

Il decreto-legge Salvini *bis* rappresenta, successivamente, l'esempio più tangibile della politica antisbarco dell'ultimo decennio, prevedendo una norma⁸ che riconosce un potere ministeriale di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, per ragioni di ordine e sicurezza pubblici, in casi che non rientrano nella nozione di "passaggio non inoffensivo" di cui all'art. 19, co. 2 lett. g).

Anche se l'esercizio di poteri limitativi della circolazione nel Mediterraneo delle O.N.G. rientra nel generale potere degli Stati di regolamentare in maniera discrezionale la gestione dei flussi migratori, sono le circostanze e i contenuti concreti di tali divieti a misurarne la legittimità internazionale e costituzionale

pubblicato il 1° agosto; per ulteriori spunti di riflessione, cfr. FERRI, *Il Codice di condotta per le Ong e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. um. e dir. inter.*, 2018, 1, 189 ss.; MUSSI, *Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 3, 1 ss.; MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *www.questionegiustizia.it*, 2 agosto 2021.

⁷ È importante sottolineare che nel paragrafo conclusivo della seconda stesura del documento, infatti, non è stata ripresa l'originaria previsione della sanzione di «diniego da parte dello Stato italiano dell'autorizzazione all'ingresso nei porti nazionali, fermo restando il rispetto delle convenzioni internazionali vigenti» per la mancata sottoscrizione del codice di condotta o il mancato rispetto degli obblighi in esso prescritti. Sulla liceità di tale misura sotto il profilo del diritto internazionale, cfr. DE SENA-DE VITTOR, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *www.sidiblog.it*, 1° luglio 2017.

⁸ Art. 1 d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (coordinato con la L. di conversione 8 agosto 2019, n. 77). Si veda senza pretesa di esaustività, Cfr. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 18 giugno 2019; MENTASTI, *L'ennesimo "Decreto immigrazione-sicurezza" (D.L. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *www.sistemapenale.it*, 23 ottobre 2020; GENTILUCCI, *La controversa riforma dei decreti sicurezza*, in *Giur. pen.*, 2020, 11, 1-33; BRUNO, *I decreti "Salvini": profili di diritto penale sostanziale, processuale e securitari. New Criminal Provisions on Public Security*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1230-1320, 5; NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *www.questionegiustizia.it*, 20 giugno 2019.

rispetto agli obblighi di soccorso. Se il Ministro esercita il proprio (legittimo) potere in contrasto con un obbligo internazionale, impendendo il celere e pronto sbarco dei migranti in luogo sicuro, il decreto e l'ordine emanato dalla Pubblica autorità saranno illegittimi e la loro violazione, dunque, non appare sanzionabile⁹.

L'unica interpretazione costituzionalmente possibile che è stata avanzata rispetto a questo potere ministeriale e all'atto amministrativo che ne consegue è, infatti, che «ove si ritenesse che essa consenta di “vietare” in maniera e per tempi indefiniti “l'ingresso o la sosta di navi nel mare territoriale” non solo per specifiche ed individualizzanti ragioni di ordine pubblico e sicurezza, ma per la mera violazione della normativa interna in materia di immigrazione, sol perché sul naviglio vi siano persone (magari anche solo alcune) non in regola con il permesso di soggiorno, allora la norma si porrebbe in contrasto con gli obblighi internazionali»¹⁰.

L'impatto della nuova normativa si dimostra per fortuna deludente: di fronte ad un giudice (amministrativo) la disposizione ha visto l'annullamento del divieto di ingresso disposto dal Ministro, perché aveva ritenuto il provvedimento ministeriale in contrasto con la normativa interna ed internazionale in materia di soccorsi in mare e di sbarco dei naufraghi in un luogo sicuro¹¹. Per le convenzioni internazionali salvare naufraghi è «adempimento di un dovere», rispetto alla legge ordinaria e a provvedimenti amministrativi tesi al controllo dei confini.

⁹ Cfr. TRAVAGLIO CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante*, Torino, 2021, 66.

¹⁰ Cfr. 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.questionigiustizia*, 29 luglio 2019.

¹¹ Il decreto cautelare monocratico del TAR Lazio, Sez. I ter, 13 agosto 2019, con cui il Tribunale ha sospeso l'efficacia del decreto adottato il 1° agosto nei confronti della nave Open Arms. Il giudice monocratico sottolinea, in merito al provvedimento governativo, il plausibile «travisamento dei fatti e di violazione delle norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso, nella misura in cui la stessa amministrazione intimata riconosce, nelle premesse del provvedimento impugnato, che il natante soccorso da Open Arms in area SAR libica - quanto meno per l'ingente numero di persone a bordo - era in “distress”, cioè in situazione di evidente difficoltà (per cui appare, altresì, contraddittoria la conseguente valutazione effettuata nel medesimo provvedimento, dell'esistenza, nella specie, della peculiare ipotesi di “passaggio non inoffensivo” di cui all'art. 19, comma 1 [recte, comma 2], lett. g), della legge n. 689/1994)» (p. 2).

Così la giurisprudenza più recente¹² arriva ad ammettere un potere-dovere del capitano della nave di contravvenire ad ordini pubblici illegittimi, essendo a lui prescritto il completamento del salvataggio con la conduzione dei migranti sulla terraferma, perché è lo sbarco su terraferma che consente ai trasportati di avanzare richiesta di protezione internazionale e proprio perciò è considerato definizione essenziale dell'obbligo di soccorso¹³.

Il Governo decide di non ricorrere, nei casi di inottemperanza all'ordine, allo strumento della sanzione penale, che presupponendo l'attivazione dell'autorità giudiziaria, avrebbe sottratto all'autorità amministrativa il potere di applicare la sanzione. La comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo elevatissimo (sino a 1 milione di euro), accompagnata dalla previsione di sequestro e confisca obbligatoria, attribuisce all'autorità amministrativa la potestà sanzionatoria, e rende solo successivo ed eventuale l'intervento dell'autorità giudiziaria.

L'obbiettivo che traspare da questa decisione è sempre il medesimo: l'impedimento della nave a varcare i confini territoriali, un obbiettivo che difficilmente si sarebbe raggiunto se a comminare il sequestro e la confisca fosse stato il giudice penale, di fronte a quei casi di salvataggio e sbarco tenuti in adempimento della normativa internazionale.

Non deve essere sopravvalutata la constatazione che il modello sanzionatorio prescelto sia ancora una volta l'illecito amministrativo piuttosto che quello penale: l'evidente matrice "punitiva" dell'illecito ne determina l'attrazione entro

¹² Per una lettura del noto caso *Rackete* si rinvia a: RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir., imm. citt.*, 2020, 1, 184-214; ODDI, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso Sea Watch 3 (Carola Rackete)*, in www.dirittopenaleuomo.org, 10 luglio 2019; FONTI-VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte: una decisione che non si divide (proprio perché la si comprende)*, in *Arch. pen. web*, 2020, 1, 1-17; MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in www.questionegiustizia.it, 26 febbraio 2020; ZIRULIA, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*, in www.sistemapenale.it, 17 gennaio 2022.

¹³ L'esplicitazione di un dovere del comandante di condurre i naufraghi in un porto sicuro potrebbe rilevarsi, tuttavia, inefficace fintanto che non verrà chiarito a livello normativo un corrispondente obbligo degli Stati di mettere a disposizione il proprio porto¹³, essendo l'individuazione di quest'ultimo affidata a trattative diplomatiche che talora producono una permanenza dei naufraghi sulle navi protratta per diversi giorni.

il perimetro della “materia penale”, con conseguente sottoposizione ai principi del diritto penale¹⁴.

La politica dei porti chiusi ritorna al centro delle discussioni durante il periodo pandemico: il decreto interministeriale del 7 aprile 2020 sanciva che, per l'intera durata dell'emergenza pandemica nazionale, i porti italiani non assicuravano «i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety*», limitatamente ai casi di soccorso effettuati da parte di navi straniere al di fuori dell'area S.A.R. italiana¹⁵.

Il successivo decreto adottato dal Capo di Dipartimento della protezione civile del 12 aprile 2020 individuava le misure organizzative per fornire assistenza ai migranti salvati nelle acque S.A.R. o giunti sul territorio nazionale in maniera autonoma, garantendo loro la messa a disposizione di navi-quarantena per la sorveglianza sanitaria, senza chiarire, peraltro, se fosse loro concesso l'effettivo sbarco su terraferma. Davvero irragionevole, sotto il profilo del principio di uguaglianza, appariva la disparità di trattamento quanto alla possibilità che il soccorso venisse effettuato da navi straniere fuori dalla zona S.A.R.

¹⁴ Cfr. LA ROSA, *Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 370: «E, allora, si prenda in considerazione – come esempio paradigmatico del segnalato approccio “punitivo” alle attività S.A.R. – la prima versione proposta del comma 6 *bis* dell'art. 12 T.U.I., contenuta nella bozza circolata il 10 maggio 2019. Due punti, in particolare, meritano attenzione. Il primo attiene alla determinazione della sanzione: «pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 euro per ogni straniero trasportato». Sanzione alla quale, «nei casi più gravi e reiterati» si aggiungeva la sospensione o la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall'autorità amministrativa italiana inerente all'attività svolta e al mezzo di trasporto utilizzato. (...) Il secondo profilo sul quale è utile soffermarsi attiene alla struttura dell'illecito. Nella versione originariamente proposta, il citato comma 6 *bis* avrebbe dovuto sanzionare le navi ovvero le unità da diporto o da pesca che effettuino, in acque internazionali, azioni di soccorso, di recupero di migranti o di traino di mezzi, in violazione degli obblighi richiamati dalla medesima disposizione».

¹⁵ «Al contempo, è stato fatto richiamo alla responsabilità dello stato di bandiera dell'unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione della convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l'Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi. Laddove, invece, il soccorso avvenga in area SAR italiana con il concorso di unità navali nazionali, resta fermo l'obbligo dell'Italia, pur nell'attuale fase emergenziale, di farsi carico dell'individuazione di ogni opportuna soluzione per la salvezza dei naufraghi e l'individuazione di idonei luoghi di sbarco e di accoglienza». Così il Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti durante una interpellanza urgente presentata alla Camera dei Deputati il 15 aprile 2020 (Camera dei deputati - 2-00736- Interpellanza sul decreto che sospende la classificazione di *place of safety* (luogo sicuro) per i porti italiani, per i casi di soccorso effettuati da unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area Sar italiana).

Queste misure furono discusse sul piano della legittimità poiché i principi di riserva di legge e di giurisdizione perimetrati dall'art. 13 Cost., come le garanzie delle fonti sovranazionali, prima tra tutte la C.E.D.U. all' art. 5, co. 4, erano stati compresi.

Il decreto interministeriale, dunque, conferma il *trend* della chiusura dei porti, con una politica contraria al nucleo essenziale del diritto internazionale e a principi e norme della Costituzione¹⁶.

Terminata la fase della pandemia, il successivo decreto-legge Lamorgese¹⁷ riprende parti fondamentali della precedente normativa "salviniana", riconfermando il potere interdittivo ministeriale: fermo restando quanto previsto dall'art. 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 1982, il Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, può limitare o vietare il transito e la sosta delle navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale.

Per quanto sia espressamente indicato che la norma non si applichi alle ipotesi di operazioni di soccorso marittimo e allo Stato di bandiera, effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, la novità è solo apparente.

La circostanza che le operazioni di salvataggio «siano immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera, ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare» crea la possibilità che le O.N.G. siano obbligate a far riferimento alla Guardia Costiera Libica che, dunque, riporti sul territorio libico i migranti in fuga.

¹⁶ Cfr. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, 2020, in www.questionegiustizia.it, 21 aprile 2020.

¹⁷ Art. 1 d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173. Cfr. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle O.N.G.*, cit.; VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2021,1; ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel decreto Lamorgese*, in www.adimblog.it (Analisi e opinioni), 31 marzo 2021.

Tam dixit quam voluit. La trasgressione del divieto comportava addirittura la applicazione di sanzioni penali, ovvero la pena cumulativa della reclusione (sino a due anni) e della multa (da euro 10.000 ad euro 50.000)¹⁸; tale scelta — è evidente — ha conseguito un impatto più mediatico che pratico, essendo dimostrato che in tematiche sensibili come quella dei flussi migratori siano più efficaci le sanzioni amministrative, più effettive di una pena applicata dopo procedimenti penali lunghi, più attenti a verificare la legittimità e la liceità delle condotte dei comandanti.

Nonostante il richiamo alle disposizioni delle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della C.E.D.U., delle norme nazionali ed europee, o alla Convenzione di Palermo del 2000, il fatto che permanga nella legislazione nazionale una previsione che criminalizza o instilli il dubbio del comportamento criminale di imbarcazioni e organizzazioni che salvano vite in mare, prevedendo la loro sanzione, è certamente contrario agli obblighi di tutela dei diritti umani¹⁹.

3. *I soccorsi sotto il nuovo Governo Meloni: i primi provvedimenti degli sbarchi selettivi. Quale compatibilità con il riconoscimento di una posizione di garanzia del comandante della nave?* Mentre il decreto-legge Piantedosi (d.l. 1/2023) completava la fase di conversione in Parlamento, la questione dei soccorsi emergeva in maniera prorompente in occasione delle note vicende di

¹⁸ Cfr. DI MARTINO-RICCI, *L'osservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in www.laegislazionepenale.eu, 1° marzo 2021: «In primo luogo, cambia la qualifica della sanzione, che da amministrativa diviene penale: se, da un lato, la qualificazione formale della disobbedienza diventa più grave, dall'altro si sottrae all'autorità amministrativa un potere sanzionatorio assai incisivo, seppure censurabile davanti alla giustizia amministrativa».

¹⁹ Cfr. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi*, cit.: «Tali precisazioni, ancorché a rigore pleonastiche (in quanto meramente ricognitive di obblighi internazionali aventi altrove la propria fonte), appaiono opportune nella misura in cui prevengono eventuali dubbi esegetici in ordine al carattere non vincolante di istruzioni dello Stato costiero incompatibili con i richiamati strumenti di diritto internazionale: si pensi, per citare ipotesi nient'affatto ignote alle cronache, all'ordine di astenersi dall'operare un soccorso in ragione dell'imminente intervento delle autorità libiche; o ancora all'ordine di condurre i migranti verso un luogo che non presenti i requisiti per essere qualificato *place of safety*. La disobbedienza a tali illegittime istruzioni non potrà pertanto fondare l'adozione dei divieti di transito o sosta, che dunque a loro volta non potranno venire in rilievo quali presupposti di responsabilità penale».

sbarchi selettivi delle navi Geo Barents di Medici senza frontiere e Humanity 1 (SOS Humanity).

I primi provvedimenti ministeriali disponevano lo sbarco solo dei migranti in condizioni psicofisiche precarie, il cui stato di fragilità era ritenuto incompatibile con la permanenza prolungata a bordo²⁰.

Nel caso della Humanity 1, il 6 febbraio 2023 il Tribunale di Catania stabiliva l'illegittimità del decreto interministeriale del 4 novembre 2022 che vietava la sosta nelle acque territoriali italiane oltre il termine necessario per assicurare le operazioni di soccorso ed assistenza nei confronti delle persone che versavano in precarie condizioni di salute: era evidente, dunque che il decreto ostacolava in modo discriminatorio il diritto al soccorso e l'accesso alla procedura di asilo di "tutti" i migranti trasportati.

Dal contenuto del decreto emergeva che il 24 ottobre 2022 il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale portava all'attenzione dell'Ambasciata della Repubblica Federale di Germania il fatto che il soccorso della Humanity era stato effettuato al di fuori dell'area S.A.R. italiana, senza coordinamento con la competente autorità.

In tali condizioni, lo Stato italiano autorizzava lo sbarco immediato - giacché la sosta nelle acque territoriali oltre il termine necessario era considerato pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello Stato - solo di alcuni migranti, dopo aver ottenuto informazioni, dallo Stato di bandiera della nave, circa lo stato di salute precario e la volontà di richiedere la protezione internazionale.

Dopo una ricognizione dettagliata delle norme rilevanti del diritto internazionale e interno in queste due materie, il Tribunale ribadisce che ricade sullo Stato l'obbligo di prestare assistenza ad «ogni naufrago senza possibilità di distinguere [...] in base alle condizioni di salute: «una nave in mare che presta assistenza non costituisce "luogo sicuro", se non in mera via temporanea, giacché essa, oltre ad essere in balia degli eventi metereologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone migranti soccorse, fra i

²⁰ Cfr. MASERA, *Gli sbarchi selettivi e l'assenza della giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it, 14 novembre 2022.

quali va incluso il loro diritto a presentare domanda di protezione internazionale».

Proprio con riferimento al diritto di asilo, la giudice catanese evidenziava come le norme di settore ostino al prolungato rifiuto di sbarco, poiché ciò impedisce di fatto l'esercizio del diritto di chiunque ad avviare la procedura di riconoscimento della protezione internazionale.

In presenza di domanda di protezione internazionale, secondo il Tribunale catanese, sorge l'obbligo dello Stato italiano a registrare tale domanda e la sua violazione si pone in contrasto anche con il divieto di trattamenti inumani o degradanti, previsto dall'art. 3, dell'art. 4 Prot. n. 4 C.E.D.U. sul divieto di espulsioni collettive e dell'art. 13 C.E.D.U., per la mancanza di un rimedio effettivo riconosciuto ai ricorrenti in opposizione al respingimento automatico collettivo.

Si tratta di disposizioni che non consentono di introdurre divieti o di discriminare, fra i migranti, il diritto alla protezione internazionale, proprio in considerazione della particolare vulnerabilità di "tutti" i naufraghi, soccorsi in mare, che riescono ad approdare sul territorio di uno dei Paesi membri dell'Unione. Era chiaro che il tentativo del governo fosse quello di radicare la responsabilità per l'accoglimento o il respingimento della domanda d'asilo in capo agli Stati di bandiera delle navi in oggetto.

In questo modo, pur consentendo ai migranti di sbarcare in un porto italiano, l'Italia avrebbe rinvio i richiedenti asilo nel paese europeo dichiaratosi disponibile a riceverli, respingendo, invece, gli altri migranti rimasti a bordo della nave. La linea dello Stato italiano riteneva che la competenza ad esaminare le richieste d'asilo dei migranti salvati nelle acque internazionali tra Italia e Libia spetti ai *flag States*, ovvero gli Stati di bandiera delle navi soccorritrici, mentre l'ormai noto Regolamento di Dublino III 26 giugno 2013 n. 604, all'art. 13 attribuisce la competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale allo Stato membro di primo approdo, la cui frontiera è stata varcata illegalmente dal richiedente.

Che si possa accettare la teoria dello sbarco selettivo, alla luce di posizione di garanzia del comandante della nave, è cosa davvero improbabile.

Il comandante della *Humanity 1*, Joachim Ebeling, come la capitana *Rackete*²¹, si rifiutò di lasciare il porto con i 35 migranti a bordo lamentando che questa circostanza di fatto procurava quello stato di fragilità mentale che ne legittimava lo sbarco.

In questa condizione pare davvero impossibile immaginare che il comandante della nave debba obbedire ad un ordine di tal tipo manifestamente illegittimo, che determina una grave violazione dei diritti umani.

Il modello di imputazione invalso nel diritto penale della navigazione, con riferimento alla figura del comandante, è quello della verticalizzazione della responsabilità, ovvero del paradigma piramidale che porta a identificare nell'organo di vertice dell'organizzazione il soggetto potenzialmente chiamato a rispondere di qualsiasi evento lesivo occorso nella traversata, durante il salvataggio e la successiva conduzione in un luogo sicuro dei suoi passeggeri.

I poteri-doveri del comandante si esplicano per il tramite di una funzione di comando attribuita ad un unico soggetto definito come «l'espressione più tipica della materia del diritto della navigazione, caratterizzata da un'inestricabile intersecazione di profili di diritto privato e di diritto pubblico»²².

Con riferimento al salvataggio in mare, l'obbligo del comandante è composto da uno principale di soccorso e uno accessorio di sbarco, con le «stesse ragioni di immediatezza e di "cieca" propensione al salvataggio della vita umana in quanto tale e senza condizioni, tipico di chi accorre in aiuto di un essere umano per puro spirito altruistico»²³.

²¹ Sul punto cfr. MAZZA, *Caso Sea Watch: La Cassazione sulla non convalida dell'arresto in relazione al dovere di soccorso in mare*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 8, 1068-1075; DE MARCHI, *Brevi considerazioni sull'ordinanza del G.I.P. di Agrigento nel caso Sea Watch 3*, in *Giur. pen.*, 2019, 7-8, 1-12; MODUGNO, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid 19*, in *Giur. pen.*, 2020, 4, 1-33; VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *www.discrimen.it.*, 5 agosto 2019. Cfr. ZIRULIA, *Is that a smuggler?: The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in *Controlling Immigration Through Criminal Law, European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, a cura di Gatta-Mitsilegas-Zirulia, London, 2021, 244: «For the first time in Italy, a high criminal court has expressly stated that the duty to rescue shipwrecked people does not end with their transfer on board the assisting ship, as it encompasses the accessory obligation upon the Captain to disembark them in a "place of safety"».

²² Cfr. TRANQUILLI LEALI, *La figura del comandante della nave. Brevi lineamenti*, in *La criminalizzazione del comandante della nave. Criticità e prospettive*, a cura di Carta, Roma, 2021, 54.

²³ Cfr. MAGRI, *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimento "delegati"*:

Pur non creando le disposizioni internazionali direttamente alcun obbligo per il comandante, esse pongono un vero e proprio *duty of enforcement* di contenuto corrispondente agli obblighi specifici statuali che sanzionano la condotta inadempiente di salvataggio del comandante.

Oltre al rifiuto del comandante della nave di dare seguito all'indicazione proveniente dal M.R.C.C. di Tripoli quale porto sicuro ove far sbarcare i soccorsi, o di consegnarli alla guardia costiera libica eventualmente accorsa²⁴, il dovere del comandante ricomprende l'ipotesi in cui debba decidere autonomamente il porto dove sbarcare. Si tratta di una posizione di garanzia, la sua, molto estesa.

Merita rammentare che l'espressione "posizione di garanzia" è invalsa nel linguaggio penalistico per indicare le responsabilità, per lo più colpose, a titolo omissivo, del garante qualificato, ex art. 40 cpv. c.p. per aver omesso azioni giuridicamente dovute che, ove realizzate, avrebbero evitato ("impedito") il prodursi dell'evento tipizzato dalla norma penale.

La titolarità del potere impeditivo gioca un ruolo fondamentale nella conformazione del fatto tipico omissivo improprio, quale «capacità del soggetto obbligato di realizzare una contropinta ostativa alla verifica dell'evento lesivo», o ancora, quale «regola modale, delineando il *quomodo* dell'intervento del soggetto obbligato, ossia fungendo da parametro indicatore del "come intervenire", per impedire efficacemente la realizzazione dell'evento lesivo»²⁵.

sui poteri del Ministro dell'interno, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 1, 169.

²⁴ Cfr. *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, Maritime Safety Committee, Annex 5.1.6.

²⁵ Cfr., senza pretesa di esaustività, PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *www.discrimen.it*, 4 febbraio 2019, 641: «Correttamente si esclude, per comune opinione, che esso possa essere identificato con la mera "impedibilità" dell'evento lesivo, la quale non consente di distinguere la posizione del garante da quella del soccorritore occasionale (anche il terzo può avere la possibilità materiale di impedire l'evento, ad esempio, nel caso dell'omissione di soccorso, che ha come destinatari soggetti non garanti). Divergenze si hanno, invece, sulla definizione in positivo del potere impeditivo, che viene indicato, in base alle correnti tesi, ora genericamente come "dominio", o "signoria fattuale" sul decorso causale; ora come potere di fatto "sul bene da proteggere o sulla fonte di pericolo (in caso di obblighi di protezione e di controllo), o, alternativamente, come "potere giuridico" di supremazia su determinati soggetti (in caso di obblighi di impedire azioni illecite altrui)»; cfr. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano, 1975, 142; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 77 e 167 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 375 ss.; LEONCINI, *Obblighi di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

È proprio l'intero ordinamento della navigazione marittima delineato dal codice della navigazione che attribuisce icasticamente al comandante un ruolo di autorità egemone, *totius navi cura*, cui spettano le funzioni che attengono alla “salvezza” delle persone e delle cose²⁶: dalle operazioni di salvataggio dei passeggeri e di evacuazione, a quelle strettamente connesse all'imbarco e allo sbarco, alla protezione delle persone durante la navigazione stessa²⁷, al dovere di salvaguardia della incolumità collettiva delle persone imbarcate e del veicolo²⁸, a quello di salvataggio di navi in pericolo, di coloro che si trovano a bordo, o di naufraghi, a quello di garantire lo sbarco in un porto sicuro²⁹.

I riflessi di una normativa internazionale che non consente di individuare, una volta per tutte e con certezza, lo Stato obbligato a consentire lo sbarco, non incidono sui doveri del comandante chiamato ad ogni modo ad adempiere allo sbarco celere dei passeggeri nel porto più sicuro da lui ritenuto o parimenti legittimato a contravvenire ad eventuali direttive statali che ne impediscono l'attracco, sulla base di un margine di valutazione discrezionale individuato dal raggio di protezione effettiva dei diritti fondamentali delle persone affidate ai suoi compiti.

Rimane suo dovere trasferire i naufraghi in un luogo sicuro, da lui eventualmente deciso quando il dialogo con le autorità non produca risultati o quando il porto sicuro da essi individuato non garantisce la protezione dei diritti umani, come nel caso del porto libico.

²⁶ Cass., Sez. IV, 12 maggio 2017, n. 35585 e Cass., Sez. IV, 5 dicembre 2014, n. 9897.

²⁷ *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 19 luglio 2017, n. 35585; Cass., Sez. IV, 20 gennaio 2017 n. 6376, Rv. 269063-01; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004, n. 7214, Rv. 227877.

²⁸ *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 19 luglio 2017, n. 35585, cit.; Cass., Sez. IV, 20 gennaio 2017 n. 6376, Rv. 269063-01; Cass., Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9897; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004, n. 7214, Rv. 227877; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004, n. 7214, Rv. 227877.

²⁹ Cfr. PARTIPILO, *La chiusura dei porti alle navi umanitarie nel diritto internazionale: diritti ed obblighi di Stati e capitani*, in www.sistemapenale.it, 9 novembre 2022: «Giova sottolineare che il comandante della nave soccorritrice non è in alcun modo tenuto a richiedere alle persone soccorse se vogliono presentare domanda di protezione internazionale. Tale regola è contenuta nella guida sul salvataggio in mare redatta da UNHCR, IMO e Camera di Commercio internazionale, che specifica che il capitano non è responsabile della determinazione dello status di rifugiato delle persone soccorse. [...] un altro punto da sottolineare, relativamente ai doveri del comandante della nave soccorritrice, riguarda la rilevanza del divieto di discriminazione nel contesto dell'obbligo di soccorso marittimo [...] quale parte integrante del dovere di soccorso».

Tutto ciò è conforme ad una corretta interpretazione delle norme sul soccorso che i diritti delle persone soccorse in mare debbano prevalere sul pur legittimo interesse degli Stati a controllare le frontiere.

Il punto è che il sistema degli obblighi S.A.R. soffre di notevole incertezza allorché si tratta di renderlo concreto e cogente perché non esistono regole internazionali che consentano di individuare il P.O.S. di destinazione, talché la decisione di sbarcare in quel P.O.S. specifico rischia di estendere in larga misura la posizione di garanzia del comandante.

Certo è che, ad ogni modo, nella vicenda degli sbarchi selettivi, la selezione dei sommersi e dei salvati, affidata a criteri di tipo sanitario, vale a dire alla valutazione da parte dei medici dell'U.S.M.A.F. (Unità di Sanità Marittima, Aerea e Frontiera del Ministero della Salute) sulle condizioni di sufficiente vulnerabilità, risulta assolutamente incompatibile con una posizione di garanzia con questa estesa natura protettiva.

Risulta difficile credere che il comandante debba consentire lo sbarco a soggetti "meritevoli", perché tutti i naufraghi sono soggetti vulnerabili fino a prova contraria: lo sbarco a seguito di operazioni di soccorso deve essere garantito a ogni persona senza distinzioni e l'accesso alla procedura di asilo è un diritto di tutte le persone e implica un'immediata attivazione delle autorità statali – italiane se lo sbarco avviene in Italia – a protezione delle persone richiedenti.

Dai principi generali che regolano il diritto internazionale (consuetudinario e soprattutto pattizio) in materia S.A.R., quindi, che come noto mette al centro del sistema l'obiettivo della massima tutela della vita in mare, emerge che una misura di sbarco selettivo è da ritenersi incompatibile con i principi ispiratori del diritto del mare, che sin dai tempi dell'antichità ha sempre posto il valore della vita in mare al di sopra di qualsiasi altro interesse, alla cui protezione è preposto, innanzitutto, il comandante della nave, nei termini anzidetti.

4. *Il nuovo Codice di Condotta delle ONG e la tecnica di depenalizzazione.*
Con L. 24 febbraio 2023, n. 15 veniva convertito il d.l. 1/2023³⁰

³⁰ Nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 14 del 28 dicembre 2022 si evidenzia che l'intervento «si propone di contemperare l'esigenza di assicurare l'incolumità delle persone recuperate in mare,

recante «disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori»³¹ che interviene sul testo del decreto Lamorgese, lasciando inalterato il potere del Ministero dell'Interno di vietare il transito e la sosta nelle acque nazionali per motivi di ordine pubblico e sicurezza, abrogando il secondo periodo relativo alla non applicabilità del divieto alle ipotesi di operazioni compiute nel rispetto delle indicazioni dell'autorità (e in presenza di altre condizioni) e il terzo periodo riferito al reato in caso di violazione delle disposizioni.

Il comma 2 *bis* precisa che i divieti ministeriali non riguarderanno i casi di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità si svolge l'evento e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni delle predette autorità.

Il testo elenca poi *expressis verbis* una serie di condizioni di legittimità delle operazioni di soccorso in presenza delle quali l'esercizio del potere interdittivo del Ministro viene neutralizzato; esse rappresentano presupposti cumulativi di legalità dell'operato umanitario delle O.N.G.

La prima condizione impone che la nave effettui in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate e abbia requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione³².

nel rispetto delle norme di diritto internazionale e nazionale in materia, con quella di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay del 1982».

³¹L. 24 febbraio 2023, n. 15, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, recante «disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori». Per un primo commento sulle nuove disposizioni, cfr. GENTILUCCI, Il nuovo decreto immigrazione e il ruolo delle ONG, in *www.diritto.it*, 5 gennaio 2023; MASERA, Il d.l. Piantadosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione, in *www.sistemapenale.it*, 13 febbraio 2023; PALEOLOGO, Si ritorna al diritto di polizia. Obblighi di soccorso in mare a discrezione dei prefetti, in *www.a-dif.org*, 3 gennaio 2023. La risposta delle ONG non si è fatta attendere rispetto al nuovo decreto: cfr. *Opinion on the compatibility with european standards of Italian decree law no. 1 of 2 january 2023 on the management of migratory flows, Expert Council on NGO Law of the Conference of NGOs of the Council of Europe*, in *www.rm.coe.int*, 30 gennaio 2023.

³²In sede di conversione, le parole: «ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate» sono sostituite dalle seguenti: «alle certificazioni e ai documenti rilasciati» e le parole: «in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione» sono sostituite dalle seguenti: «mantenuta conforme agli stessi ai fini della sicurezza della navigazione, della prevenzione dell'inquinamento, della certificazione e dell'addestramento del personale marittimo nonché delle condizioni di vita e di lavoro a bordo».

La seconda condizione impone il tempestivo avvio, a bordo della nave, delle «iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità».

La terza e la quarta condizione prevedono che deve essere «richiesta, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco», e che «il porto di sbarco assegnato dalle competenti autorità (deve essere) raggiunto senza ritardo per il completamento dell'intervento di soccorso».

La quinta condizione riguarda, invece, la necessità che le autorità forniscano «le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere». In questa parte il legislatore riprende l'impegno n. 10 del codice del 2017 che richiedeva alle O.N.G. «l'impegno a ricevere a bordo, eventualmente e per il tempo strettamente necessario, su richiesta delle Autorità italiane competenti, funzionari di polizia giudiziaria affinché questi possano raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani».

La sesta ed ultima condizione riguarda il fatto che «le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non (abbiano) concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco».

Entrando nel dettaglio delle singole condizioni, quella sul possesso di conformità riprende il contenuto di una recente statuizione della Corte di giustizia³³ sui casi delle navi Sea Watch 3 e Sea Watch 4, secondo cui le attività di controllo a qualsiasi nave che si trovi in un porto o nelle acque soggette alla giurisdizione di uno Stato membro e batta bandiera di un altro Stato membro, ivi comprese le navi gestite dalle organizzazioni umanitarie che conducono una attività sistematica di ricerca e soccorso di persone in mare, possono essere sottoposte a controlli da parte dello Stato di approdo. Perdi più, nell'ipotesi in cui le verifiche diano esito negativo, lo Stato di approdo sarà legittimato ad

³³ Cort. giust. UE, 1° agosto 2022, C-14/21 e C-15/21, Seawatch 3 e Seawatch 4. Cfr. PALADINI, *La Corte di giustizia dell'ue e l'obbligo internazionale di soccorso in mare: sul caso del fermo delle navi della Sea Watch Ev*, in *DPCE online*, 2022, 3, 1683-1701.

emanare provvedimenti di fermo solo in caso di evidente pericolo per la sicurezza, la salute o l'ambiente, tutte situazioni che devono essere adeguatamente comprovate.

In merito alla seconda condizione sulla necessità di informare le persone a bordo sulla possibilità di richiedere la protezione internazionale, il decreto si limita ad utilizzare espressioni vaghe e generiche, ma il vero significato di tale disposizione si apprezza nell'ambito del dibattito politico che ha accompagnato la norma: tra i punti sui cui il Governo voleva intervenire vi era quello di stabilire che la valutazione delle domande di protezione internazionale ricadesse sulla competenza dello Stato di bandiera della nave soccorritrice, in quanto la nave essendo territorio statale rappresenta il vero stato di primo approdo dei naufraghi³⁴. I redattori della stessa hanno preferito utilizzare locuzioni generiche del tipo "informare" o "raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità", facendo riferimento comunque a prassi già attive per molte O.N.G. operanti nel Mediterraneo, ma l'intento del Governo era chiaro.

La terza e quarta condizione si riferiscono alla richiesta, nell'immediatezza dell'evento - inteso come attività di *rescue* in mare già conclusasi - dell'assegnazione del porto di sbarco e che il porto di sbarco deve essere raggiunto senza ritardo per completare la fase del soccorso.

La nuova disposizione intende contrastare la prassi usuale delle navi che decidono di non rientrare subito in porto dopo l'effettuazione di un primo soccorso, qualora lo spazio della nave consenta di ospitare altri migranti salvati durante la sosta in prossimità del limite delle acque territoriali.

Questa prassi di "attendere" in prossimità delle acque territoriali i barconi di migranti cui prestare soccorso ha avvalorato la tesi delle cd. "consegne concordate di migranti", riferite a quelle presunte situazioni di accordi precedenti e susseguenti al salvataggio, collusivi con i trafficanti che, facendo affidamento sulla sosta delle O.N.G. in acque internazionali, abbandonavano natanti in condizioni di *distress*, facendo affidamento che venissero tratte in salvo.

³⁴ *Contra*, DI FLORIO, *L'influenza del diritto europeo ed internazionale sui diritti fondamentali dei migranti: a proposito del d.l. 1/2023*, in www.questionegiustizia.it, 6 febbraio 2023.

Tra i casi giudiziari sulle O.N.G., le accuse sulle consegne concordate dei migranti hanno riguardato le vicende della nave *Iuventa*, in gestione alla O.N.G. tedesca *Jugend Rettet*: proprio nelle settimane in cui era stato discusso ed approvato il *Codice di condotta* del governo Minniti, il 2 agosto 2017 il G.i.p. presso Tribunale di Trapani aveva disposto il sequestro preventivo *ex art.* 321, co. 1 c.p.p., della nave ritenendo che l'equipaggio avrebbe in diverse occasioni concordato direttamente la consegna in mare dei migranti con le bande criminali libiche. Nella ricostruzione degli inquirenti, tali condotte integrerebbero gli estremi del concorso nella fattispecie delittuosa di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 12, co. 3 e 3 *bis* T.U.imm.

L'impianto accusatorio contro l'equipaggio delle O.N.G. era stato costruito a partire dalla ricostruzione di un'intesa maturata tra l'equipaggio e i trafficanti, a seguito di diversi incontri avvenuti in alto mare a bordo delle rispettive imbarcazioni³⁵; secondo le ricostruzioni, i membri dell'equipaggio non si limitarono ad adempiere all'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo ed in emergenza in alto mare, ma hanno posto in essere condotte antecedenti e successive all'attività di soccorso, non giustificabili da una effettiva situazione di difficoltà ma riconducibili ad una precisa volontà di permettere l'ingresso in Italia di un gran numero di clandestini³⁶.

³⁵ G.i.p. Trapani, 2 agosto 2017, 138: «Nel caso in esame, non è in discussione che l'ingresso illegale sul territorio dello Stato italiano sia stato "procurato" dai trafficanti libici mediante un'organizzazione professionale che trasporta continuativamente cittadini stranieri nel Mediterraneo per poi lasciarli alle attività internazionali di soccorso, ma piuttosto affermare con uguale certezza che l'equipaggio della *Iuventa* ha posto in essere condotte che hanno permesso ai medesimi trafficanti di portare a termine il loro scopo ed anche di organizzare con successo nuovi viaggi, condotte che hanno sicuramente trovato origine nella volontà di evitare ogni rischio di naufragio dei barconi ma che hanno valicato i limiti della legalità laddove hanno garantito l'impunità dei criminali dediti alla tratta di essere umani e facilitato il recupero da parte di questi ultimi delle imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti. Non vi può essere, pertanto, dubbio nell'affermare che, con le condotte poste in essere, l'equipaggio della *Iuventa* ha concorso nella commissione della condotta illecita posta in essere dagli ignoti trafficanti libici rendendo sicuramente più agevole la consumazione».

³⁶ BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 140: «Tra le condotte antecedenti, i membri della *Jugend Rettet* sono accusati di aver - in almeno due occasioni - incontrato in altro mare i trafficanti libici di migranti, i quali, a seguito dell'incontro, si sarebbero allontanati, per poi far ritorno scortando un barcone carico di migranti, prontamente trasbordati sull'imbarcazione della O.N.G.; tra le condotte successive, di avere riconsegnato ai trafficanti le imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti, oltre che di aver ostacolato le indagini in corso, distruggendo od occultando materiale video e fotografico che avrebbe permesso la loro identificazione». Ancora

C'è chi ha ipotizzato, in questa parte del decreto Piatendosi, che fosse previsto un vero e proprio divieto di soccorsi multipli³⁷.

In realtà ciò che la nuova norma intende veramente evitare è la sistematica attività di recupero dei migranti nelle acque antistanti le coste libiche o tunisine, al fine di condurli esclusivamente in Italia, senza alcuna forma di coordinamento con le autorità competenti e, in ultimo, con gli altri Stati europei; tale *modus operandi* non è ritenuto legittimo rispetto alle Convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare. Suscitare nei trafficanti di esseri umani la speranza in un sicuro e rapido intervento dei soccorritori al largo delle coste di partenza avrebbe l'effetto di assicurare maggiori guadagni alle organizzazioni criminali ed aumentare sensibilmente l'esposizione al rischio l'incolumità e la vita dei migranti.

Si ribadisce *expressis verbis* l'obbiettivo di impedire lo stazionamento delle O.N.G. vicino le coste, che comporta un sistematico recupero di migranti, ingenerando nei trafficanti di essere umani l'aspettativa di sicuro ed immediato intervento appena al largo delle aree di partenza.

Quanto alla quinta condizione, la mancata comunicazione delle informazioni circa l'avvenuto soccorso legittima l'esercizio del potere interdittivo ministeriale: attraccata al porto di Augusta, infatti, la Geo Barents, di Medici senza Frontiere - la prima nave multata a seguito del decreto Piantedosi - è stata raggiunta da un provvedimento di fermo amministrativo di venti giorni e una multa da diecimila euro.

sul caso *Iuventa* cfr. DI BARI-MASERA, *Responsabilità per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 TU*, Rassegna Penale, in *Dir., imm. citt.*, 2019, 2; BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: Ong e soccorso in mare*, in *www.questionegiustizia*, 18 settembre 2017; MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi*, 2019, 2, 18-43.

³⁷ Cfr. CASTELLANETA, *Salvataggi in mare: allarme dell'ONU e del Consiglio d'Europa per la criminalizzazione delle ONG e per gli ostacoli al soccorso*, in *www.marinacastellaneta.it*, 10 febbraio 2023, su cui è disponibile il testo della lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, 26 gennaio, 2023, 1: «This provision risks being applied in such a way that it could prevent effective search and rescue by NGO vessels. As had already happened in practice, the provision prevents NGOs from carrying out multiple rescues at sea, forcing them to ignore other distress calls in the area if they already have rescued persons on board, even when they still have capacity to carry out another rescue. By complying with this provision, NGOs' shipmasters would in fact fail to fulfill their rescue duties under international law».

Nel decreto interdittivo si specifica che la nave non aveva fornito tutte le informazioni richieste durante l'ultima rotazione che si è conclusa con lo sbarco ad Ancona di 48 naufraghi"; in particolare, le veniva contestato di non aver condiviso i dati del V.D.R. (Voyage Data Recorder), richiesti subito dopo l'assegnazione del porto di Ancona³⁸.

Per quanto riguarda la sesta ed ultima condizione del decreto, riguardante il fatto che «le modalità di ricerca e soccorso in mare da parte della nave non (abbiano) concorso a creare situazioni di pericolo a bordo né impedito di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco», esso è tra i precetti più ovvii dell'intera disposizione perché tali conseguenze devono essere evitate dal comandante della nave, a prescindere da una esplicitazione normativa, essendo quei rischi che un corretto funzionamento della sua posizione di garanzia deve neutralizzare. La posizione di garanzia del comandante, infatti, lo erge a supremo gestore di pericoli che possono involgere in termini di lesione o messa in pericolo, di beni penalmente tutelati³⁹.

Venendo ora alle modifiche che hanno interessato il sistema sanzionatorio, rispetto al precedente decreto Lamorgese, è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro in caso di violazione del divieto di transito e sosta, emesso alle condizioni analizzate sopra; anche in caso non sia stato previamente emanato alcun divieto, è prevista la sanzione amministrativa da 2.000 a 10.000 euro «quando il comandante o l'armatore non fornisc(a) le indicazioni richieste dalla competente autorità nazionale o non si uniforma alle indicazioni della medesima autorità». Nel primo caso è altresì prevista la sanzione accessoria del fermo amministrativo per due mesi, con confisca del mezzo in caso di reiterazione della violazione con la medesima nave; nel

³⁸ Cfr. *Fermo amministrativo di 20 giorni e multa di 10.000 euro per la Geo Barents*, in *www.presenza.com*, 24 febbraio 2023.

³⁹ *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821, Rv. 254094; Cass., Sez. un., 24 aprile 2013, n. 38345.

Lo scorso marzo 2023 la nave "Louise Michel", è stata sottoposta a un fermo amministrativo, notificato al comandante Beckert Reimarm per presunte violazioni del decreto sulle O.N.G. per aver effettuato tre salvataggi operati autonomamente in area Sar libica e maltese, per non aver rispettato le indicazioni delle autorità italiane per il porto di Trapani che doveva essere immediatamente raggiunto, e per aver raccolto un numero di persone eccessivo a bordo, mettendo a rischio la incolumità dei presenti, visto che sulla nave possono essere caricati al massimo 60 naufraghi.

secondo, invece, il fermo amministrativo della nave ha durata di 20 giorni, che diventano due mesi in caso di reiterazione, mentre la confisca è disposta in caso di ulteriore reiterazione.

Torna applicabile la sanzione amministrativa con confisca amministrativa della nave; contravvenendo alla logica della maggior afflittività della sanzione penale, è evidente l'intento del legislatore di inasprire comunque l'apparato sanzionatorio, facendo ricorso alle sanzioni amministrative ritenute più efficaci e più effettive di quelle penali.

La Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare che il passaggio da una sanzione penale ad una amministrativa può essere più sfavorevole per l'autore del fatto, essendo necessario verificare la concreta afflittività di entrambi i dispositivi sanzionatori, ben potendo nel caso concreto la sanzione amministrativa risultare più onerosa per l'autore dell'illecito, specie quando corredata di misure ablativo del diritto di proprietà (sequestro preventivo e confisca)⁴⁰.

Nonostante il legislatore abbia ultimamente dimostrato di voler estendere l'utilizzo della sanzione penale al settore dell'immigrazione irregolare, gli ultimi e ripetuti esiti di procedimenti penali cristallizzano la liceità delle condotte di salvataggio e sbarco dei migranti.

Il ritorno alla sanzione amministrativa è perciò dovuto alla necessità di apprestare un apparato sanzionatorio più gravoso ed efficace nei confronti delle O.N.G.; il legislatore così fa ricorso alla sanzione amministrativa con la tecnica della depenalizzazione, volendo sottrarre alla valutazione della magistratura penale il loro operato, essendo quest'ultima più intenzionate, date le ultime

⁴⁰ GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitivo" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 dicembre 2018: «Nell'affermare l'ultimo dei principi considerati, la Corte costituzionale scrive un'importante pagina del capitolo dei rapporti tra reato e illecito amministrativo - oltre che di quello della successione di leggi penali - ricordando all'interprete come non si possa e non si debba dare per scontato il carattere più favorevole della sopravvenuta legge di depenalizzazione. È vero che, comportando una *abolitio criminis*, la depenalizzazione normalmente risulta per l'autore dell'illecito una *lex mitior*. Ma è altresì vero che ciò non può essere presunto e va accertato in concreto dal giudice, in conformità ai richiamati principi costituzionali. E infatti, nel momento in cui si fa strada, anche nella nostra giurisprudenza costituzionale, l'idea della natura sostanzialmente penale di determinate sanzioni amministrative, va da sé che il loro carattere più favorevole, rispetto a sanzioni penali delle quali prendono il posto per effetto di interventi di depenalizzazione, non possa essere dato per scontato».

vicende giudiziarie, a riconoscere la legittimità tramite l'applicazione delle scriminanti.

Oramai la giurisprudenza della Corte E.D.U. sulle sanzioni amministrative penali, a partire dai criteri *Engel*, è troppo nota per ripercorrerne le tappe⁴¹, ma il vero punto di svolta di quella giurisprudenza è stato affermare che la sanzione amministrativa può essere più afflittiva di quella penale, per la immediata esecutività, per l'assenza di istituti premiali quali la sospensione condizionale che ne impediscono la concreta esecuzione, per il grado di stigma sociale che a volte può essere più elevato⁴².

5. La vicenda di Cutro e la nuova fattispecie penale. Un'occasione mancata per prevenire le stragi in mare. Dopo i tragici fatti di Cutro⁴³ che hanno provocato la morte in mare di ben oltre novanta migranti, si palesava necessario che il governo, nella gestione dei soccorsi, sposasse più una logica precauzionistica, basata sull'idea di una responsabilità per il da-farsi; il principio di precauzione impone nondimeno di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere il pericolo in questione, misure che si antepongono rispetto al reticolato degli specifici obblighi internazionali e che perimetrano l'esatta tenuta di specifiche condotte in tempi successivi e per eventi certamente qualificati come di soccorso.

⁴¹ Cfr. Corte E.D.U., 8 giugno 1976, *Engel e al. v. Paesi Bassi*, con la quale la Corte affermò che la qualificazione giuridica formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è sufficiente per negare l'applicabilità delle garanzie del giusto processo ex art. 6 CEDU. In particolare, con riferimento al criterio formale, la Corte ritiene la qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale «non decisiva ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni fornite dal diritto interno hanno valore relativo». Cfr. al proposito Corte E.D.U., 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*, par. 52, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale. Al riguardo cfr., anche, ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 48 ss.; GOISIS, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337.

⁴² Cfr. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Oss. cost. AIC*, 2021, 4.

⁴³ Lo scorso 23 febbraio davanti alla costa di Cutro, un naufragio di una natante carico di migranti procurava le morti accertate di oltre 70 persone. Come primo atto del procedimento, il G.i.p. del Tribunale di Crotone convalidava il fermo di alcuni degli scafisti del natante, disponendo la misura cautelare in carcere per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, omicidio colposo plurimo e lesioni.

Ad ogni modo, l'urgenza principale, anche alla luce di un considerevole aumento degli sbarchi, era quella di disporre adeguate misure di soccorso in mare, di aprire canali di ingresso legali efficaci e incrementare i corridoi umanitari; tuttavia, il Governo, tra le altre misure di azzeramento della protezione speciale, di peggioramento delle condizioni nei centri d'accoglienza e di potenziamento dei nuovi Centri per rimpatri e *Hotspot*, sentiva l'esigenza di inasprire le cornici edittali delle fattispecie dell'art. 12 T.U.imm., prendendo di mira principalmente, questa volta, gli scafisti delle pericolose traversate.

Nel nuovo d.l. 20/2023 recante «Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare»⁴⁴ espressamente volto a rafforzare gli strumenti di «contrasto ai flussi migratori illegali e all'azione delle reti criminali che operano la tratta di esseri umani» nonché a semplificare le procedure per l'accesso, attraverso canali legali, dei «migranti qualificati», il legislatore ha innalzato di un anno, nel minimo e nel massimo, le pene già previste per le ipotesi di favoreggiamento sia nella forma semplice, che ora va da 2 a 6 anni e in quella aggravata, ora da 6 a 16 anni⁴⁵.

In secondo luogo, ha previsto al nuovo art. 12 *bis* una fattispecie rubricata «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» che ora punisce con la pena della reclusione da 20 a 30 anni ipotesi di favoreggiamento aggravato (trasporto o ingresso attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o

⁴⁴ Convertito in L. 5 maggio 2023, n. 50.

⁴⁵MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in www.questionegiustizia.it, 3 aprile 2023: «Si tratta, insomma, di una modifica dal significato più mediatico che reale. Le pene per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare erano già talmente elevate prima dell'intervento normativo, che l'innalzamento delle cornici edittali ha un impatto molto modesto sulla complessiva dosimetria sanzionatoria, e per quanto riguarda i limiti massimi di pena non ha propriamente alcun effetto, posto che già prima della riforma si poteva pervenire al limite invalicabile di 30 anni di reclusione. Del resto, già la scelta di aumentare simbolicamente di un anno tutte le cornici edittali (minimi e massimi, della fattispecie-base come di quella circostanziata) tradiva le reali intenzioni del legislatore, che voleva semplicemente poter annunciare l'ennesimo inasprimento delle pene per gli scafisti, al di là di qualsiasi considerazione in ordine all'adeguatezza delle pene su cui si andava ad intervenire».

sottoposizione a trattamento inumano o degradante) qualora dal fatto derivi, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone.

L'aver inciso sul minimo edittale in caso di morte come conseguenza del reato di favoreggiamento aggravata rappresenta l'aspetto più significativo della riforma (rispetto all'aumento più propagandistico fino a 30 anni): la reclusione di 20 anni, anche concesse e ritenute prevalenti eventuali attenuanti, non scenderebbe comunque sotto i 13 anni.

Il nuovo reato pare non fare alcuna differenza tra trafficanti - che fanno parte delle organizzazioni criminali che organizzano i viaggi - e scafisti - solitamente estranei all'organizzazione, usati per guidare le imbarcazioni - perseguendo solo la finalità di punire i secondi con un trattamento sanzionatorio più severo ma che di fatto non presenta evidenti segni di novità rispetto alla disciplina precedente che raggiungeva quel massimo edittale con le aggravanti o il concorso formale con altri reati.

Il nuovo reato introduce, rispetto all'art. 12 di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, alcuni elementi specializzanti della modalità della condotta agevolativa, ovvero il trasporto o l'ingresso attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita e per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante.

L'intento dichiarato è quello di reprimere più severamente e con un autonomo reato le condotte aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nell'ambito delle quali si verifichi il non voluto evento morte e/o lesione personale di uno o più stranieri, "sganciandole" dal concorso, ai sensi dell'art. 83 c.p., fra il delitto di favoreggiamento aggravato di cui all'art. 12, co. 3 T.U.imm. e quello di morte o lesione come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p.

Rimane, comunque, salva l'applicazione della disciplina del concorso fra reati, e, in particolare, tra quello di cui agli art. 12 e quelli di cui agli artt. 575 (omicidio doloso) e/o 582, 583 (lesioni dolose) c.p., salvi i limiti di pena previsti dagli artt. 71 e ss. c.p., laddove si possa ritenere che l'evento infausto sia conseguenza voluta, anche meramente a titolo di dolo eventuale, dall'agente; infine, l'art. 83

c.p. continuerà ad applicarsi per le morti/lesioni connesse alle ipotesi di favoreggiamento diverse da quelle di cui all'art. 12, co. 3 lett. b) e c)⁴⁶.

Ipotesi riconducibile al novero dei delitti aggravati dall'evento, la nuova fattispecie appare più norma speciale dell'art. 586 c.p.⁴⁷, come lo è l'art. 452 *ter* c.p., essendo presente il richiamo all'evento di morte di più persone o all'evento morte di una o più persone e di lesioni gravi e gravissime di una o più persone, quali conseguenze non volute.

Se l'art. 586 c.p. fa riferimento ad ogni delitto doloso, la norma di nuovo conio si concentra su una specifica fattispecie di favoreggiamento aggravato della

⁴⁶ Per completezza espositiva, si riporta che il decreto introduce anche alcune modifiche su alcune norme dell'ordinamento penitenziario e del codice di procedura penale, ricomprendendo il nuovo reato di cui all'art. 12 *bis* T.U.imm. fra quelli di cui all'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario (ossia fra quelli "ostativi" alla concessione di taluni benefici penitenziari) nonché nell'elenco dei più gravi reati di cui all'art. 51, co. 3 *bis* c.p.p. (attribuiti alla competenza della procura distrettuale) e di cui all'art. 407, co. 2 c.p.p. (con maggior termine di durata massima delle indagini preliminari). Infine, in materia penale, l'articolo 9 *bis*, introdotto in sede di conversione del decreto, estende l'applicazione dell'istituto dell'arresto in flagranza differita di cui all'art. 14, co. 7 *bis* T.U.imm, già previsto per i delitti commessi con violenza alle cose o persone all'interno dei Centri di permanenza per i rimpatri (C.P.R.) e nei punti di crisi di cui all'art. 10 *bis* T.U.imm. (cd. *hotspot*), alle ipotesi in cui i medesimi delitti siano posti in essere durante la permanenza in un centro governativo di prima accoglienza (C.P.A.), in una struttura temporanea di accoglienza (CAS) o in una struttura afferente al sistema di accoglienza e integrazione (SAI).

⁴⁷ In tema di art. 586 si richiama la seguente letteratura penalistica: ALIBRANDI, *L'art. 586 c.p. nella prospettiva del reato aberrante*, in *Riv. pen.*, 1976, 210; AMATO, *La morte del tossicodipendente come conseguenza della cessione della sostanza stupefacente*, in *Cass. pen.*, 1993, 2627; BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 911; ID., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 2005; CATERINI, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli, 2008; CORINI, *Riflessioni sul titolo della responsabilità per l'evento non voluto nell'art. 586 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1987, 568; CUCCHIARA, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Riv. pen.*, 1962, vol. I, 41; GAMBARDELLA, *Morte come conseguenza di un altro delitto e dolo eventuale*, in *Dir. pen., proc.*, 2003, 844; MILITELLO, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Dig. pen.*, Torino, 1994, vol. VIII, 198. Dal punto di vista della giurisprudenza, si segnala, in particolare, la sentenza delle Sezioni Unite del 22 maggio 2009, n. 22676 sulla natura della responsabilità, nella quale si affermava che affinché possa essere posta a carico dell'agente la responsabilità per la morte della vittima come conseguenza di delitto doloso commesso dall'imputato, occorre che a costui possa essere addebitato, oltre il nesso di causalità materiale, anche la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale, con prevedibilità ed evitabilità dell'evento stesso, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, conosciute o conoscibili dall'agente reale, al quale orientamento aderiva la giurisprudenza successiva (Cass., Sez. II, 24 gennaio 2022, n. 2572; Cass., Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 49573; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2017, n. 8058; Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012 n. 41462).

immigrazione irregolare che la stessa norma integralmente riprende, ovvero l'ipotesi di cui all'art. 12, co. 3 lett. b) o c), che la norma integralmente riproduce.

Sulla natura come circostanza aggravante o come figura autonoma di reato, la relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto considera pacifico che la norma introduca una autonoma figura di reato, e non un'ipotesi circostanziata della fattispecie di favoreggiamento ipotesi che consente, dunque, di abbandonare la tesi del reato aggravato dall'evento.

L'inquadramento come ipotesi speciale dell'art. 586 dimostra, più che altro, la *ratio* di questa norma stessa, che risiede, secondo le parole del legislatore, nell'«opportunità di una più vigorosa tutela in tema di delitti di sangue», perseguito attraverso il semplice aggravamento della pena prevista per le lesioni o l'omicidio colposo.

La caratterizzazione universale del nuovo reato⁴⁸ evidenzia la progressiva attenuazione del carattere territoriale delle ipotesi di repressione/criminalizzazione di reati gravi consente oggi di sostenere la validità extraterritoriale delle norme penali, dando, in tal modo, preminenza all'esigenza della tutela generale dei valori umani offesi dal reato, ovunque esso sia commesso⁴⁹.

La discussione circa il carattere universale della fattispecie di cui all'art. 12 T.U.imm. era già avvenuta in relazione al tentativo della giurisprudenza di evitare l'applicazione dell'art. 6 c.p. con riferimento alla condotta consumata in acque internazionali e tipica secondo il disposto dell'art. 12, per cui il reato non potrebbe considerarsi commesso nel territorio dello Stato italiano, non essendovi avvenuta in tutto o in parte l'azione, né ivi si è verificato l'evento che ne è conseguenza.

⁴⁸ Si osserva, poi, che tale norma sia stata emanata al dichiarato e apprezzabile fine di «fugare ogni dubbio sul fatto che, ai fini della sussistenza della giurisdizione italiana, non assume rilievo la circostanza che l'evento della nuova fattispecie delittuosa si sia verificato al di fuori del territorio dello Stato italiano: ciò purché si tratti di condotte finalizzate a procurare l'ingresso illegale nel territorio italiano». (cfr. Dossier XIX Legislatura, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*, II ed., D.L. n. 20/2023 - A.C. n. 112, p. 123).

⁴⁹ Cfr. DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963; DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006.

Una recente interpretazione della Cassazione, funzionale ad una prospettiva di preminenza delle esigenze di tutela dei diritti umani e di attuazione di un'efficace repressione di condotte idonee a ledere interessi generali, nella sentenza Sez. I 27 marzo 2014, n. 14510⁵⁰, riguardava la condotta di un soggetto, finalizzata a favorire per motivi di lucro l'ingresso illegale di cittadini extracomunitari in Italia, che in occasione del trasporto di clandestini in Italia, aveva trasbordato i migranti da una motonave, utilizzata come mezzo di trasporto durante la prima parte del viaggio, su un gommone del tutto inadeguato al carico, che veniva in seguito soccorso da altra nave, battente bandiera liberiana, la quale aveva poi effettivamente condotto i passeggeri nei porti siciliani.

Nel ricorso, i difensori dell'imputato avevano invocato la mancanza di giurisdizione da parte dell'Italia, essendo stato il fatto commesso oltre il limite delle acque territoriali nazionali, in conformità a quanto stabilito nell'art. 97 della Convenzione di Montego Bay, e non potendosi considerarsi consumato nel nostro Stato neppure un segmento della condotta illecita.

I giudici di legittimità, proponendo una innovativa opzione ermeneutica, stabilivano la giurisdizione penale italiana anche qualora la condotta illecita dispiegata dalla c.d. "nave madre" si esaurisca nelle acque internazionali e le condotte terminali dello sbarco dei migranti sul nostro territorio siano di fatto riportabili all'attività lecita di navi intervenute doverosamente a soccorso.

Nell'occasione la Suprema Corte riprendeva la teoria dell'autore mediato, sostenendo che «l'azione dei soccorritori, è da ritenersi scusata ai sensi dell'art. 54 c.p., co. 3, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»⁵¹.

L'azione dei soccorritori da ritenersi scusata riguarda il momento terminale della conduzione dei migranti nel territorio italiano, che costituisce l'evento dell'art. 12 T.U.imm.: attraverso l'adesione a tale soluzione ermeneutica, la

⁵⁰ Cass., Sez. I, 27 marzo 2014, n. 14510.

⁵¹ Cfr. Cass., Sez. I, 5 maggio 2014, n. 18354.

Cassazione arrivava, da un lato, a garantire l'impunità dei soccorritori e dall'altro, quello di assicurare l'applicabilità della legge penale italiana ai trafficanti⁵². L'ultimo tratto della condotta non rappresenterebbe nient'altro che «un tassello essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta e spezzata nella sua continuità, per la semplice ragione che l'intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile che possa interrompere la serialità causale, ma è un fatto non solo previsto ma voluto e addirittura provocato».

Dopo questa apertura della giurisprudenza, la direzione verso cui sta indirizzando l'attuale legislatore italiano⁵³ è quella di offrire una tutela rafforzata ed estesa nella ipotesi di violazioni di diritti umani ampiamente protetti e garantiti dalle Convenzioni internazionali, che consenta di perseguire migranti criminali attraverso tutto il Mediterraneo, «lungo tutto il globo terracqueo».

Ciò che emerge nel primo decreto Piantedosi è un clima di tensione che caratterizza i rapporti tra Stato e O.N.G., non tanto relativa all'impatto che l'ingresso di decine o migliaia di naufraghi ha sul sistema di accoglienza nazionale, quanto nel convincimento che l'azione umanitaria O.N.G. mina il principio intangibile della sovranità statale⁵⁴.

La necessità, dunque, di regolamentare in senso più puntuale ma anche più stringente l'azione delle O.N.G. non si fonda sull'esigenza di rendere

⁵² TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'autoria mediata in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 585: «E' tuttavia una conclusione che non può essere accolta, salvo predicare per esso la qualifica di evento "in senso giuridico". Se è vero infatti che il raggiungimento del territorio nel quale non si ha diritto a permanere o transitare senza titolo di legittimazione, rappresenta l'obbiettivo che motiva la condotta dei migranti, dunque, l'offesa che spiega la previsione, tuttavia va considerato come la tipizzazione della fattispecie sia stata modulata secondo lo schema del reato di pericolo a consumazione anticipata, e non come "reato di pericolo" il cui perfezionamento sia segnato dall'attraversamento dei confini del territorio dello Stato». Cfr. anche FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *www.la-legislazionepenale.eu*, 26 giugno 2018; ORLANDO, *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1.

⁵³ Sulla scorta del legislatore tedesco: ai sensi del § 6 StGB, la violazione di beni giuridici internazionalmente protetti dischiude una giurisdizione universale - cd. *Weltrechtsgrundsatz* - in quanto funzionale a dare maggiore tutela ai diritti umani.

⁵⁴ Cfr. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1907: «Ciò fa dello *smuggling* umanitario una sorta di *crimen laesae majestatis*, un atto di disobbedienza, che viene essenzialmente colpito per la sua dimensione semantica, dunque politica, più che per le sue implicazioni effettuali».

compatibili le operazioni di sbarco con il sistema di accoglienza nazionale, nel senso di contingentare le entrate nel territorio condizionatamente all'effettiva e concreta disponibilità di accoglienza, ma su quella che passi un messaggio di uno Stato che deve essere sempre pronto a garantire sicurezza e ordine pubblico allontanando i "nemici" che li minacciano.

Anziché dare una risposta concreta ed efficace all'aumento del numero di persone che attraversano il Mediterraneo per raggiungere l'Europa, il provvedimento cd. "Cutro", invece, conferma la presa di posizione del governo a favore della criminalizzazione e della deterrenza delle migrazioni.

Le misure adottate, anche quelle di natura penale, non hanno fermato gli sbarchi tant'è che l'isola di Lampedusa è stata investita da un'ondata di sbarchi⁵⁵, gestita con il solito approccio emergenziale, con ulteriore e successiva decretazione d'urgenza.

Le nuove norme⁵⁶ non contengono neanche una misura che si ponga realisticamente l'obiettivo di salvare vite umane: le pene per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare erano già talmente elevate prima dell'intervento normativo, e l'uso del diritto penale a fini di propaganda mediatica ha raggiunto livelli troppo elevati, a conferma del fatto che il diritto penale dell'immigrazione rappresenta il terreno d'elezione di politiche penali ispirate ad una inarrestabile logica populista ed emergenziale.

⁵⁵ A seguito dell'aumento degli arrivi, con Delibera del Consiglio dei Ministri dell'11 aprile 2023 veniva dichiarato, per sei mesi e su tutto il territorio nazionale, lo stato di emergenza in conseguenza dell'eccezionale incremento dei flussi migratori, successivamente prorogato con Delibera del 5 ottobre 2023.

⁵⁶ Si noti che i primi mesi del Governo Meloni hanno prodotto diverse norme in materia di immigrazione irregolare. Oltre al decreto anti-ONG e al decreto Cutro, sulla Gazzetta Ufficiale n. 219 del 19 settembre 2023, è stato pubblicato il d.l. 19 settembre 2023, n. 124 recante «Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione» che contiene due articoli con le nuove norme sui Centri Per il Rimpatrio, che portano a 18 mesi il tempo massimo di trattenimento dei migranti irregolari nei CPR e danno il via a un Piano straordinario per la costruzione di nuove strutture in tutta Italia. Successivamente, il d.l. 5 ottobre 2023, n. 133 recante «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno» interviene con norme sui *respingimenti dei minori che hanno effettuato false dichiarazioni sull'effettiva età, oltre ad essere contrarie ai principi di dignità personale, non sono di agevole attuazione, mentre altre come le espulsioni per i migranti che siano stati ritenuti pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica, appaiono formulate in modo non chiaro.*