

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

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*

di Carol Ruggiero

Abstract: *Il contributo, premessa una sintetica ricostruzione della normativa in tema di ricerca e soccorso in mare, esamina una sentenza del Tribunale di Trapani e un'ordinanza del Tribunale di Agrigento che segnano un significativo mutamento nella giurisprudenza di merito rispetto alla giustificazione delle attività di search and rescue at sea. Se, infatti, fino ad oggi gli interpreti avevano fatto leva prevalentemente sull'art. 54 c.p., le decisioni citate cambiano prospettiva ed applicano le cause di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), con importanti ricadute sulla qualificazione delle condotte dei soggetti coinvolti e sul regime giuridico ad esse applicabile.*

Abstract: *The paper, after a concise reconstruction of regulations in theme of search and rescue at sea, analyses a judgment of the Trapani's Court and an ordinance of the Agrigento's Court which mark a significant change in the jurisprudence in relation to the justification of the activities of search and rescue at sea. In fact until now the exegetes used mainly the art. 54 c.p., whereas the mentioned judgments change point of view and apply the causes of justification of the self-defense (art. 52 c.p.) and of the fulfilment of a duty (art. 51 c.p.), with considerable consequences for the qualification of involved subjects's behaviours and for the juridical regime applied to them.*

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*

di Carol Ruggiero*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo internazionale ed interno applicabile alle attività di ricerca e soccorso in mare. – 2.1. L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante. – 2.2. L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso. – 3. Il caso *Vos Thalassa*. – 3.1. Il riconoscimento della legittima difesa dei migranti. – 4. Il caso *Rackete*. – 4.1. Il riconoscimento dell'adempimento di un dovere dei soccorritori. 5. I due casi a confronto. 5.1. Una breve digressione: le condotte delle O.n.g. tra soccorso di necessità (art. 54 c.p.) e stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (art. 54, co. 3, c.p.). – 5.2. La legittima difesa dei migranti soccorsi e gli eventuali profili di responsabilità degli aggressori. – 5.3. «Conflitto di doveri» e adempimento di un dovere.

1. Premessa

Sono trascorsi ormai diversi anni dalla fine della missione *Mare nostrum*, nell'ambito della quale lo Stato italiano si era direttamente impegnato nelle attività di ricerca e soccorso in mare dei migranti che tentavano di attraversare il Mediterraneo. A questa missione sono poi seguite nuove operazioni a guida europea – tra le quali *Triton*, avviata il 1° novembre 2014, e *Themis*, partita il 1° febbraio 2018 – il cui obiettivo fondamentale è, tuttavia, passato dalla salvaguardia delle vite in mare al controllo delle frontiere¹.

Questo mutamento spiega il crescente protagonismo assunto dai privati e, in particolare, delle O.n.g. nello svolgimento delle attività di *search and rescue at sea*, cui ha fatto seguito un graduale processo di criminalizzazione del loro operato, sfociato in procedimenti penali a loro carico in relazione – per lo più, ma non esclusivamente – al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 d.lgs. n. 286/1998 o TU²).

* Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

1. Cfr. V. Militello, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 6.

2. Per una disamina dei delitti di favoreggiamento in materia di immigrazione cfr. M. De Giorgio, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degl'Innocenti, Milano, Giuffrè, 2011, p. 35 ss.; AA.VV., *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Torino, Giappichelli, 2012, p. 37 ss.; M. Pelissero, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in

Da tale constatazione discende l'opportunità di esaminare le principali soluzioni ermeneutiche offerte sulla qualificazione dei fatti contestati da parte della giurisprudenza, la quale, invero, sembra non voler assecondare la logica criminalizzante che pervade il discorso politico e la rappresentazione *mass*-mediatica dei soccorritori³.

Sono sempre più numerose, infatti, le pronunce che escludono la responsabilità penale dei soggetti che intercettano e trasferiscono sulle coste italiane i migranti in pericolo di vita provenienti dalla Libia, facendo prevalentemente leva sulla sussistenza di cause di giustificazione della loro condotta.

In tale contesto suscitano particolare interesse due recenti provvedimenti delle Corti territoriali di Trapani e di Agrigento⁴ che, discostandosi da alcune precedenti pronunce, hanno fondato l'esclusione della punibilità degli agenti sulla ricorrenza, rispettivamente, dello stato di legittima difesa (art. 52 c.p.) e dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.).

Prima di esaminarle, appare opportuna una sintetica analisi del quadro normativo, internazionale e interno, vigente in materia di obblighi di ricerca e soccorso in mare⁵.

2. Il quadro normativo internazionale ed interno applicabile alle attività di ricerca e soccorso in mare

L'obbligo di salvare vite umane in mare rappresenta un principio cardine del diritto internazionale.

Le sue prime manifestazioni giuridiche risalgono ad alcuni Trattati multilaterali di diritto marittimo dell'inizio del Novecento, momento storico a partire dal quale tale dovere è stato ribadito in ogni successiva Convenzione internazionale relativa al diritto del mare e progressivamente specificato nel suo contenuto, il quale oggi consta di «due componenti: l'obbligo di prestare soccorso, che incombe sugli Stati di bandiera e sui comandanti, e l'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso, [...] che incombe sugli Stati costieri»⁶.

A questi due doveri corrispondono le due diverse statuizioni oggi contenute rispettivamente nel primo e nel secondo paragrafo dell'art. 98 della Convenzione delle

Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare, a cura di E. Rosi e F. Rocchi, Napoli, Jovene, 2013, p. 169 ss.

3. Cfr. P. Musarò e P. Parmiggiani, *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell'immagine nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell'informazione*, n. 1.2018, p. 87 ss.

4. Cfr. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019 (dep. 3.6.2019); Trib. Agrigento, Ufficio Gip, ord. 2.7.2019 (dep. 2.7.2019).

5. Cfr. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2.2019, p. 507 ss.; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, p. 1 ss.

6. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., p. 508.

Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982⁷, che occorre esaminare partitamente.

2.1. *L'obbligo di soccorso da parte dello Stato di bandiera e del comandante*

L'art. 98, par. 1, UNCLOS impone ad ogni Stato di esigere che i comandanti delle navi che battono la loro bandiera osservino una pluralità di prescrizioni, tra le quali quelle di prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare, di recarsi il più velocemente possibile in soccorso delle persone che gli siano state segnalate in stato di difficoltà, di intervenire in soccorso delle persone a bordo nella nave con la quale siano eventualmente entrati in collisione⁸.

E tuttavia vale osservare come il dovere di salvare vite umane in mare, oltre che espressione del diritto internazionale pattizio, sia oggi norma del diritto internazionale consuetudinario e, in quanto tale, applicabile a tutti gli Stati, indipendentemente dal fatto che abbiano sottoscritto un Trattato.

Come è agevole notare, l'obbligo appena menzionato si rivolge agli Stati di bandiera e, quindi, riguarda solo indirettamente i comandanti delle imbarcazioni.

Vi sono, però, delle norme di diritto interno e internazionale che pongono obblighi analoghi direttamente in capo al comandante della nave⁹.

Tra le fonti interne viene in rilievo l'art. 1158 cod. nav.¹⁰, secondo cui è punibile il comandante di una nave, nazionale o straniera, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne sussiste l'obbligo secondo quanto disposto dal codice della navigazione¹¹.

7. *United State Convention of the law of the Sea* (UNCLOS) firmata a Montego Bay il 10.12.1982, resa esecutiva in Italia con la l. 2.12.1994, n. 689.

8. *Article 98*, par. 1, UNCLOS, intitolato *Duty to render assistance*, secondo cui «*Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:*

(a) *to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;*

(b) *to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;*

(c) *after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.*».

9. In tal senso cfr. I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 11.

10. L'art. 1158 cod. nav., rubricato «Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo», dispone che «Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionale o straniero, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice, è punito con la reclusione fino a due anni. La pena è della reclusione da uno a sei anni, se dal fatto deriva una lesione personale; da tre a otto anni, se ne deriva la morte. Se il fatto è commesso per colpa, la pena è della reclusione fino a sei mesi; nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà».

11. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui una nave in difficoltà sia del tutto incapace di effettuare manovre, ai sensi dell'art. 490 cod. nav.

Tra le fonti internazionali, invece, vale menzionare l'art. 10, par. 1, della Convenzione internazionale sul salvataggio del 1989, secondo cui ogni capitano è tenuto a prestare assistenza alle persone che rischiano di perire in mare¹², nonché la Regola 33.1 del Capitolo V della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare (SOLAS) del 1974, in base alla quale il comandante di una nave che sia venuto a conoscenza del fatto che in mare vi sono delle persone in pericolo è tenuto a procedere immediatamente in loro soccorso¹³.

Come si evidenzierà meglio nel prossimo paragrafo, l'obbligo di soccorso che grava sul capitano di un'imbarcazione non può considerarsi adempiuto con il semplice recupero in mare delle persone in difficoltà, richiedendosi, a tal fine, lo sbarco in un *place of safety*, ed è proprio in funzione dell'adempimento di un simile dovere che viene in rilievo un fondamentale, e spesso disatteso, dovere di collaborazione da parte degli Stati costieri.

2.2. *L'obbligo di operare sistemi di ricerca e soccorso*

A differenza dell'obbligo di salvataggio considerato nel paragrafo precedente, l'art. 98, par. 2, UNCLOS si rivolge agli Stati costieri, imponendo loro di promuovere la costituzione, il funzionamento e il mantenimento di un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso in mare, anche attraverso la conclusione di accordi regionali multilaterali con gli Stati limitrofi¹⁴.

Giova evidenziare che mentre la statuizione sancita nell'art. 98, par. 1, UNCLOS riflette un principio di diritto consuetudinario ben consolidato, il dovere di soccorso dello

12. *International Convention on Salvage*, firmata il 28.4.1989, resa esecutiva in Italia con la l. 12.4.1995, n. 129. Si veda, in particolare, l'art. 10, par. 1, intitolato *Duty to render assistance*, secondo cui «*Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea*».

13. *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)* firmata a Londra il 10.11.1974, resa esecutiva in Italia con la legge 23.5.1980, n. 313. In particolare cfr. *Regulation 33*, par. 1, intitolato *Distress messages: obligations and procedures*, secondo cui «*The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization to inform the appropriate search and rescue service accordingly*».

14. *Article 98*, par. 1, UNCLOS, intitolato *Duty to render assistance*, secondo cui «*Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose*».

Stato costiero ha origini più recenti, essendo stato previsto per la prima volta solo nell'art. 12 della Convenzione sull'alto mare firmata a Ginevra il 29 aprile 1958¹⁵.

Quanto al suo contenuto, deve osservarsi come esso risulti meglio specificato all'interno di altri due Trattati di diritto marittimo, in particolare nella Convenzione SOLAS sopra richiamata¹⁶ e, soprattutto, nella Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (SAR) del 1979¹⁷.

La prima introduce l'obbligo per gli Stati firmatari di adottare tutte le misure necessarie per la comunicazione di situazioni di pericolo e per il coordinamento delle attività di ricerca e salvataggio. Tali misure devono comprendere la costituzione, il funzionamento e il mantenimento delle strutture che si reputano necessarie a tal fine, e, per quanto possibile, di mezzi adeguati alla localizzazione e al salvataggio delle persone in pericolo¹⁸.

E tuttavia è la Convenzione SAR a contenere le indicazioni più stringenti in capo agli Stati costieri che, in una logica di cooperazione internazionale, sono invitati a costituire delle «regioni di ricerca e soccorso» (*search and rescue regions*) – meglio conosciute come zone *s.a.r.* –, la cui creazione comporta il sorgere di una responsabilità primaria dello Stato promotore in merito al coordinamento delle operazioni di soccorso ivi realizzate¹⁹. Peraltro, nell'apprestare i servizi di ricerca e salvataggio, i firmatari sono tenuti a garantire la soddisfazione di alcuni requisiti essenziali tra i quali, a titolo esemplificativo: la predisposizione di un adeguato quadro giuridico, la designazione di un'autorità competente al coordinamento delle attività di salvataggio²⁰; la razionale organizzazione

15. In tal senso cfr. I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 14.

16. Cfr. *supra*, par. 2.1, nota 12.

17. *International Convention on Maritime Search and Rescue* (SAR), firmata ad Amburgo il 27.4.1979 nell'ambito dell'International Maritime Organization (IMO), resa esecutiva in Italia con la l. 3.4.1989, n. 147, e attuata con il d.p.r. 28.4.1994, n. 662.

18. *Regulation 7*, par. 1, SOLAS, intitolata *Duty to render assistance*, secondo cui «*Each Contracting Government undertakes to ensure that necessary arrangements are made for distress communication and co-ordination in their area of responsibility and for the rescue of persons in distress at sea around its coasts. These arrangements shall include the establishment, operation and maintenance of such search and rescue facilities as are deemed practicable and necessary, having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and shall, so far as possible, provide adequate means of locating and rescuing such persons*».

19. In merito alla costituzione delle zone *s.a.r.* cfr. I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, p. 513, ove l'Autrice chiarisce che la loro creazione «comporta solo obblighi e responsabilità per lo Stato [...]. Lo Stato costiero non gode di alcun diritto o potere all'interno della sua zona *s.a.r.*: non può impedire a una nave di entrarvi, non può precludere ad una nave di prestare soccorso nel suo interno e non può imporre al comandante della nave che ha soccorso persone in pericolo un determinato comportamento, per esempio di trasferirle su altre navi».

20. Vale rilevare come la funzione di Centro nazionale di coordinamento di soccorso marittimo (*Italian Maritime Rescue Coordination* o IMRCC) sia stata attribuita al Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto dal d.p.r.

delle risorse disponibili; la messa a punto di appositi piani operativi e di collaborazione nazionale ed internazionale²¹.

Nell'ambito delle attività appena considerate risulta particolarmente rilevante la definizione del concetto di «salvataggio in mare» – contenuta nel Capitolo 1.3.2 dell'Allegato alla Convenzione SAR – quale operazione volta a recuperare le persone in difficoltà, a provvedere alle loro esigenze iniziali, mediche o di altro tipo, e a trasportarli in un luogo sicuro. Questa attività non può dunque esaurirsi nel semplice recupero delle persone in pericolo, richiedendosi, altresì, che ai soggetti tratti in salvo sia garantita la conduzione in un «luogo sicuro»²².

La definizione di *place of safety* – assente sia nella Convenzione SOLAS, sia nella Convenzione SAR – viene, a sua volta, specificata all'interno delle «Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare» adottate dall'*International Maritime Organization* nel 2004, le quali chiariscono che con tale espressione deve intendersi un luogo in cui la vita dei sopravvissuti non sia più in pericolo e dove siano soddisfatte le esigenze umane primarie, come il bisogno di cibo, di un alloggio e di cure mediche²³. L'individuazione del luogo di sbarco dei soggetti soccorsi risulta, pertanto, strettamente legata ad un principio cogente del diritto internazionale, ovvero quello di *non refoulement*, che impedisce di respingere una persona verso uno Stato in cui la sua vita sarebbe in pericolo o rischierebbe di essere sottoposto a tortura o ad altro trattamento inumano o degradante²⁴.

28.9.1994, n. 662, intitolato «Regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147, concernente adesione alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo».

21. In tal senso cfr. I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., p. 15, nota 67, nella quale l'Autrice richiama il contenuto del Capitolo 2.1.2 dell'Allegato alla Convenzione SAR.

22. Vale rilevare come, nell'ottica di rendere effettiva e quanto più immediata possibile l'individuazione di questo *place of safety*, nel 2004 gli Stati membri dell'IMO (*International Maritime Organization*) hanno adottato degli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR volti ad implementare gli obblighi di coordinamento e di cooperazione tra gli Stati e a ridurre al minimo gli inconvenienti per la nave che presta assistenza.

Tali indicazioni sono state inserite nella *Regulation* 33, par. 1-1, SOLAS, e nel Capitolo 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR che, con disposizioni di analogo tenore letterale, richiedono agli Stati aderenti di cooperare al fine di liberare quanto prima i comandanti delle navi coinvolte nelle attività di salvataggio e di assicurare ai naufraghi il riparo in un luogo sicuro in tempi, per quanto possibile, ragionevoli.

23. Par. 6.12 della *Resolution* MSC.167 (78) del 20.05.2004, intitolata *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*.

24. Tale principio è sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati (*Convention relating to the Status of Refugees*), adottata il 28.7.1951. E tuttavia il suo inserimento all'interno dell'art. 3 della Convenzione contro la tortura (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), adottata il 10.12.1984, ha fatto in modo che il divieto di respingimento, originariamente destinato ai soli rifugiati, si estendesse ad ogni individuo.

Vale, peraltro, notare come la latitudine applicativa di questo diritto fondamentale della persona si sia progressivamente ampliata nel corso del tempo anche grazie ad una significativa attività interpretativa della Corte europea dei diritti umani, che ha riconosciuto la vigenza di tale principio in quasi tutte le ipotesi di allontanamento degli

Peraltro, qualora i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come richiedenti asilo, l'espressione *safety place* si colora di un ulteriore significato che, lungi dal limitarsi al riconoscimento della sola protezione fisica delle persone soccorse, configura il diritto allo sbarco in un luogo in cui sia altresì garantita la loro protezione internazionale, ovvero il diritto a richiedere e a vedersi riconosciuto un certo *status* legale (come quello di rifugiato), alle condizioni e secondo le procedure indicate dal diritto interno e sovranazionale²⁵.

Pertanto, solo la conduzione delle persone salvate in un luogo da considerarsi sicuro secondo i parametri di sicurezza fisica e internazionale appena esaminati determina la cessazione degli obblighi nazionali e internazionali relativi alle operazioni di salvataggio.

La disciplina internazionale pattizia succintamente ricostruita contribuisce, dunque, in maniera significativa alla regolazione delle attività di ricerca e soccorso in mare e all'adempimento dell'obbligo giuridicamente vincolante di salvataggio di vite umane.

Nondimeno, essa presenta ancora alcune rilevanti lacune, in parte emerse alla luce di recenti vicende. In particolare, deve segnalarsi l'assenza, «sia nei Trattati relativi al soccorso in mare che nel diritto consuetudinario [di] una norma, sostanziale o procedurale, che permetta di identificare con certezza il luogo in cui le persone soccorse dovranno essere fatte sbarcare»²⁶ soprattutto in quelle ipotesi, particolarmente frequenti, in cui manchi un accordo tra gli Stati. E proprio tali lacune normative rendono particolarmente problematici alcuni casi di salvataggio in mare dei migranti in transito nel Mediterraneo.

3. Il caso Vos Thalassa

La vicenda riguarda il soccorso di circa sessanta migranti prestato dal rimorchiatore *Vos Thalassa* l'8 luglio 2018 al largo delle coste libiche.

Il comandante del natante, battente bandiera italiana e impegnato nell'attività di supporto ad una piattaforma petrolifera libica, dopo aver segnalato l'evento *s.a.r.* all'*Italian Maritime Rescue Centre Coordination* (IMRCC) e provveduto al salvataggio delle persone in difficoltà, veniva dapprima invitato a fare rotta verso Lampedusa, per poi essere contattato dalla Guardia Costiera Libica (GCL) che gli chiese, invece, di dirigersi a

stranieri dal territorio nazionale, ricomprendendovi i casi di estradizione (sent. 7.7.1989, ricorso n. 14038/88, *Soering* c. Regno Unito), di espulsione (sent. 28.2.2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi* c. Italia) e, da ultimo, di respingimento in alto mare (sent. 28.2.2008, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa* ed altri c. Italia).

25. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. ammin.*, n. 2.2017, p. 393 ss., rispetto ai quali deve, tuttavia, evidenziarsi la recente abrogazione della disciplina in materia di protezione umanitaria operata dal decreto legge 4.10.2018, n. 113 (convertito nella legge 1. 1.12. 2018, n. 132), meglio noto come «decreto Salvini».

26. I. Papanicopolulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., p. 518.

circa 15 miglia dalla costa africana, in acque internazionali, per effettuare il trasbordo dei migranti su una propria motovedetta.

Senonché, dopo l'inversione della rotta, uno dei migranti tratti in salvo, grazie all'utilizzo di uno *smartphone* fornito di *gps*, si rese conto del mutamento della direzione nella navigazione e allertò i compagni di viaggio.

Da quel momento, a bordo della *Vos Thalassa* si diffuse un generalizzato stato di agitazione che sfociò in una serie di minacce e di aggressioni poste in essere da un gruppo di migranti nei confronti di alcuni membri dell'equipaggio, al fine di impedire il rientro in Libia.

Per fronteggiare la situazione di tensione venutasi a creare e per salvaguardare l'incolumità di tutte le persone presenti sulla nave, il comandante mutò nuovamente la rotta informando tempestivamente l'IMRCC, al quale rappresentò tutta la sua preoccupazione per il possibile intervento delle motovedette libiche e per la potenziale reazione dei migranti tratti in salvo.

Solo dopo questa ennesima segnalazione l'IMRCC provvide all'invio dell'unità navale Diciotti della Guardia Costiera Italiana che, una volta raggiunta la *Vos Thalassa*, effettuò il trasbordo dei migranti soccorsi, per poi dirigersi verso il porto di Trapani, dove sbarcò il successivo 12 luglio.

A seguito della vicenda brevemente ricostruita, due dei sessantasette migranti trasportati a bordo della *Vos Thalassa* sono stati tratti a giudizio quali presunti autori delle condotte minatorie e violente poste in essere in danno dei membri dell'equipaggio, in particolare del marinaio di guardia e del Primo ufficiale.

Più nello specifico, ai soggetti in questione vengono ascritti, in concorso *ex art.* 110 c.p., i reati di violenza o minaccia (art. 336 c.p.) e resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), aggravati dalla circostanza di cui all'art. 339, co. 2, c.p., in continuazione ai sensi dell'art. 81, co. 2, c.p.

La pubblica accusa contesta, inoltre, sempre in concorso *ex art.* 110 c.p., il reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina, previsto dall'art. 12, co. 3, lett. a) e d), e co. 3-*bis*, TU.

Il G.I.P. del Tribunale di Trapani, reputando «indiscutibile che le azioni delittuose indicate nei capi di imputazione siano state poste in essere dagli imputati»²⁷, ritiene che «il nucleo fondamentale del processo sia costituito dalla verifica della sussistenza di una causa di giustificazione», in particolare della legittima difesa, art. 52 c.p.

27. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 17.

3.1. *Il riconoscimento della legittima difesa dei migranti*

Proprio la prospettata applicazione agli imputati della legittima difesa, spiega l'interesse suscitato dalla pronuncia in esame²⁸. Non si tratta, infatti, del primo caso in cui la giurisprudenza applica, nell'ambito delle attività esaminate, una scriminante, ma mai quest'ultima era stata individuata nella legittima difesa.

Ai fini del presente lavoro non occorre soffermarsi sugli elementi costitutivi della legittima difesa che, com'è noto, si polarizzano attorno a due azioni: da un lato, una condotta aggressiva che cagiona il pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui; dall'altro, una condotta difensiva, necessitata, che deve esplicitarsi in modo proporzionato all'aggressione²⁹.

Ciò che, invece, sembra utile mettere in evidenza in questa sede è il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice, che richiama la necessità di salvaguardare alcuni diritti fondamentali della persona (come quello alla vita, all'integrità fisica e sessuale), riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale e da numerose Carte internazionali dei diritti³⁰.

E tuttavia, nel caso di specie gli agenti potevano vantare la titolarità anche di un ulteriore diritto, scaturente dal complesso delle disposizioni, internazionali ed interne, che regolano l'attività di ricerca e soccorso in mare.

In particolare, la pronuncia, ripercorrendo il complesso reticolo normativo illustrato poc'anzi, riconosce la sussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo dei migranti ad essere tratti in salvo e trasportati presso un *place of safety*, per tale intendendo un luogo in cui sia garantita non solo la loro protezione fisica, ma anche quella internazionale, alla luce di un'interpretazione ampia del divieto internazionale di respingimento³¹.

Ed è proprio con riferimento alla possibile violazione del principio di *non refoulement* che l'organo giudicante ritiene di non dover accogliere la richiesta avanzata dal P.M. di effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE avente ad oggetto la compatibilità con il

28. Per un primo commento alla sentenza cfr. L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Dir. pen. cont.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24.6.2019; ASGI, *Vos Thalassa, il Tribunale assolve i migranti: difesero il loro diritto alla vita*, in www.asgi.it, 13.6.2019.

29. Si veda, per tutti, C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 5 ss.

30. Secondo il G.I.P. vengono in rilievo, oltre che l'art. 2 Cost., anche numerose Convenzioni internazionali, tra le quali: la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948; la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950; il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1977; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000.

Nondimeno, il rischio di respingimento verso la Libia e il pericolo concreto di sottoposizione a trattamenti disumani consentono di ricomprendere tra i diritti vantati dai migranti anche quello alla tutela della dignità della persona, interesse a tutela del quale è stato di recente introdotto nel sistema italiano il discusso reato di tortura di cui all'art. 613-bis c.p.

31. Cfr. *supra*, paragrafo 2.2, nota 23.

quadro normativo europeo – in particolare con l’art. 21 della direttiva 2011/95/UE – della Convenzione di Amburgo (SAR) nella parte in cui questa consentirebbe alle autorità libiche responsabili della zona *s.a.r.* di poter impartire direttive che comportino il rimpatrio in Libia dei naufraghi³². Il quesito, infatti, risulta privo di rilevanza, in quanto nel caso di specie, oltre al diritto al non respingimento dei migranti, vengono in rilievo anche i diritti individuali all’integrità fisica e sessuale delle persone soccorse.

Ciò nonostante, la pronuncia decide di affrontare ugualmente la questione che si reputa «incidente sul presupposto della sussistenza del diritto violato, rispetto al quale gli imputati avrebbero opposto una legittima resistenza»³³. Viene, quindi, richiamato il contenuto della Convenzione SAR nella parte in cui riconosce agli Stati contraenti la possibilità di stipulare accordi regionali per la delimitazione delle rispettive zone *s.a.r.*; si evidenzia come «il potere delle autorità libiche di impartire a quelle italiane direttive in vista del rimpatrio in Libia di migranti provenienti da tale Paese non discende direttamente dalla Convenzione di Amburgo, ma dall’accordo stipulato tra Italia e Libia nel 2017»³⁴.

Di conseguenza, a violare il principio cogente di *non refoulement* non è la Convenzione SAR, ma il *memorandum*³⁵ sopra richiamato che, pertanto, oltre che incompatibile con il disposto di cui all’art. 10, co. 1, Cost., deve considerarsi privo di validità, atteso che secondo l’art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati del 1969 «è nullo qualsiasi Trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale».

La Convenzione di Amburgo impone agli Stati che l’hanno ratificata di garantire che, una volta concluse le operazioni di ricerca e salvataggio dei naufraghi, questi vengano condotti in un luogo sicuro, qualificazione che, in realtà, difficilmente si adattava al territorio libico, già all’epoca cui risalgono i fatti.

32. Secondo la Procura, la risoluzione di tale questione sarebbe risultata decisiva al fine di qualificare come arbitrarie le condotte del comandante della *Vos Thalassa* e dei responsabili dell’IMRCC e, conseguentemente, di poter ritenere applicabile agli imputati la causa di giustificazione della reazione legittima di cui all’art. 393-*bis* c.p.

33. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 30.

34. *Ivi*, pp. 31-32.

35. Sulla discutibile prassi di gestire i flussi migratori attraverso la conclusione di accordi informali che tendono ad esternalizzare il controllo frontaliero verso Paesi terzi cfr. F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di ‘accordi’ per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 1.2018, p. 5 ss.; V. Zambrano, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell’Unione europea e dell’Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1.2019, p. 119 ss.

Alla luce di tali considerazioni il giudice ritiene, dunque, che i migranti soccorsi in mare avessero un vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un *place of safety* e che essi, inoltre, abbiano agito in difesa di diritti individuali ancora più pregnanti³⁶.

Una volta individuati i diritti violati, la pronuncia passa in rassegna piuttosto rapidamente gli ulteriori presupposti dell'«ingiustizia dell'offesa» e dell'«attualità del pericolo» richiesti dall'art. 52 c.p.

Sotto il primo profilo, il giudice ritiene di condividere quell'impostazione ermeneutica, ormai prevalente in dottrina, che qualifica come ingiusta l'offesa non giustificata o non *iure*³⁷. Pertanto, reputa ingiusta la condotta del comandante della nave, che aveva tentato di riportare in Libia i migranti soccorsi nella convinzione erronea di adempiere un ordine legittimo dell'autorità. Si tratta, infatti, di un comportamento contrario agli obblighi internazionali di salvataggio e protezione che concreta un'offesa ingiusta ai soggetti soccorsi, in quanto risulta assistito non da una causa di giustificazione, ma da una semplice scusante (art. 51, co. 3, c.p.). In altre parole, «nel caso di esecuzione di un ordine illegittimo non vincolante l'azione dell'inferiore [resta] un'azione illecita perché essa non è imposta dall'ordinamento»³⁸.

Quanto al requisito dell'attualità del pericolo, la decisione rimarca la necessità di verificare che l'azione aggressiva non si realizzi né quando la lesione al diritto sia solo remota, né quando il pregiudizio si sia ormai consumato o il pericolo sia passato senza che l'offesa si sia verificata³⁹. Il pericolo in esame, peraltro, non era stato volontariamente determinato dagli imputati, dato che la scelta di attraversare il Mediterraneo era stata dettata dalla «necessità impellente» di salvare la propria vita⁴⁰.

Collegato al presupposto dell'attualità del pericolo è quello della necessità di difendersi, certamente ricorrente nel caso di specie, in cui «senza la reazione posta in essere dagli imputati e dagli altri [...] tutti i migranti raccolti dalla nave sarebbero stati ricondotti in Libia»⁴¹. Né, d'altra parte era immaginabile una diversa difesa del proprio diritto ad essere condotti in un luogo sicuro.

Da ultimo, la pronuncia ritiene sussistente anche il requisito della proporzione tra offesa e difesa, sottolineando come nel caso di specie fossero «in gioco, da una parte, il diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o di tortura, dall'altra, il

36. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 46.

37. In tal senso cfr. per tutti C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 111 ss.; G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8^a ed., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 302; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Milano, Cedam, 2017, p. 251.

38. G. Bettioli, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, Vita e pensiero, 1934, p. 130.

39. Cfr., ad es., F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 385.

40. Trib., Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 67.

41. *Ivi*, p. 68.

diritto alla autodeterminazione dell'equipaggio, sicuramente sacrificabile *ex art. 52 c.p.* di fronte alla prospettiva delle lesioni che sarebbero conseguite allo sbarco in territorio libico»⁴².

4. Il caso *Rackete*

La nave umanitaria *Sea Watch 3*, battente bandiera olandese, la mattina del 12 giugno 2019 soccorse 53 persone in acque internazionali, nella zona *s.a.r.* libica.

Una volta terminate le operazioni di salvataggio, il comandante della nave chiese l'assegnazione di un *place of safety* ad una pluralità di autorità: quelle italiane e maltesi, dal momento che i loro porti erano ritenuti i luoghi di sbarco più sicuri e vicini; quella olandese, in quanto autorità di bandiera; infine, quella libica, dato che il soccorso era avvenuto in una zona *s.a.r.* di sua competenza.

Proprio la guardia costiera libica, intorno alla mezzanotte di quel medesimo giorno, indicò alla *Sea Watch 3* il porto di Tripoli come luogo di sbarco. E tuttavia, all'esito di una delicata valutazione, il comandante della nave decise di non assecondare la direttiva ricevuta, ritenendo che la Libia non costituisse un luogo sicuro dove condurre le persone tratte in salvo, in ragione dell'instabilità socio-politica che interessa questo Paese e della sistematicità delle violazioni dei diritti umani che si realizzano sul suo territorio⁴³.

Considerazioni di analogo tenore, peraltro, portarono ad escludere l'approdo in uno dei porti della Tunisia, Paese che non garantisce il rispetto dei diritti fondamentali della persona e che, peraltro, non prevede nemmeno una normativa a tutela dei rifugiati.

Da ultimo, il capitano scartò la possibilità di dirigersi verso i porti di Malta, non solo perché più distanti rispetto a quelli italiani, ma anche in ragione del fatto che lo Stato maltese non ha tuttora sottoscritto gli emendamenti apportati alle Convenzioni SOLAS e SAR nel 2004, che hanno implementato gli obblighi di cooperazione e di coordinamento in tema di soccorsi in mare in capo agli Stati costieri⁴⁴.

42. *Ibidem*.

43. Le disumane condizioni di vita cui i migranti sono costretti sul territorio libico risultano ormai documentate da numerose ed autorevoli fonti, tra le quali cfr. Council of Europe. Commissioner for Human Rights, *Recommendation: Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, June 2019, p. 43 ss.; UNHCR, *Position on Returns to Libya – Update II*, September 2018, p. 14 ss.; Amnesty International, *Between the Devil and the Deep blue sea. Europa fails refugees and migrants in the central Mediterranean*, August 2018, p. 17 ss. Numerose conferme si traggono, poi, anche da alcune recenti pronunce giurisdizionali, tra le quali cfr. Corte d'assise di Milano, sent. 10.10.2017 (dep. 1.12.2017), con nota di S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4.2018, p. 207 ss.; Corte d'Assise di Agrigento, sent. 12.6.2018 (dep. 22.6.2019), n. 1.

44. Cfr. *supra*, par. 2.2, nota 21.

Alla luce di tali valutazioni, il comandante della *Sea watch 3* decise, dunque, di dirigersi verso l'Italia, ritenendolo il luogo di sbarco più sicuro e vicino alla propria rotta. Senonché, a fronte delle reiterate richieste di assegnazione di un *p.o.s.* all'IMRCC, quest'ultimo, da un lato, declinò la propria competenza, adducendo che il salvataggio era avvenuto in una zona *s.a.r.* libica, e, dall'altro, diffidò il capitano dal fare ingresso nelle acque territoriali. Tale posizione venne ribadita dal Ministero dell'interno sia attraverso l'invio di una e-mail con valore di notifica (la sera del 13 giugno), che con l'adozione e la comunicazione (la sera del 15 giugno) di un formale provvedimento interministeriale emanato ai sensi del novellato art. 11-*ter* TU, così come risultante all'indomani dell'entrata in vigore del c.d. decreto sicurezza-*bis*⁴⁵.

Nei giorni seguenti, a fronte della perdurante inerzia delle autorità italiane, il capitano della nave e i legali della O.n.g. di appartenenza decisero di rivolgersi alle autorità giurisdizionali nazionali e sovranazionali.

In prima battuta, il divieto di ingresso formalizzato nel provvedimento ministeriale appena citato venne impugnato dinanzi al Tar del Lazio, cui si richiese l'emissione di una misura sospensiva cautelare *ante causam*. L'istanza, tuttavia, venne rigettata in data 19 giugno per l'assenza delle ragioni di eccezionali gravità che possono giustificare l'adozione di un tale provvedimento, dal momento che i soggetti vulnerabili a bordo della *Sea Watch 3* erano già stati sbarcati⁴⁶.

Esito negativo ebbe anche il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, esperito ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della CEDU, con il quale si chiedeva a tale autorità l'adozione di *interim measures* a fronte della presunta violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) in danno dei migranti a bordo della *Sea Watch 3*, ancora in attesa dello sbarco in un *place of safety*. La Corte rigettò il ricorso evidenziando, nel comunicato pubblicato il 25 giugno 2019, come le «*interim measures are urgent measures which, according to the Court's*

45. D.l. 14.6.2019, n. 53, conv. con modif. dalla l. 8.8.2019, n. 77, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica». Tale provvedimento, attraverso l'aggiunta del comma 1-*ter* all'art. 11 TU, ha riconosciuto al Ministro dell'interno il potere di vietare «l'ingresso, il transito o la sosta» di imbarcazioni in acque territoriali in presenza di due presupposti alternativamente considerati. Il primo è rappresentato dalla sussistenza di «motivi di ordine e sicurezza pubblica». Il secondo, invece, si configura in presenza delle condizioni previste dall'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, il quale contempla l'ipotesi in cui la nave effettui «il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero». A presidio dell'osservanza dei divieti ministeriali appena enunciati, il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 12 TU prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 150.000 a 1 milione di euro e la confisca obbligatoria della nave utilizzata per commettere la violazione, con immediato sequestro cautelare della stessa. Per un primo commento critico alla novella cfr. S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 18.6.2019.

46. Data l'indisponibilità della pronuncia si rimanda a P. 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 *Dir. pen. e uomo*, n. 7-8.2019, p. 31 ss.

well-established practice, apply only where there is an imminent risk of irreparable harm)⁴⁷. Nel caso di specie un simile «pericolo imminente di un danno irreparabile» non poteva, invero, considerarsi sussistente, atteso il costante monitoraggio della situazione sanitaria a bordo della nave e l'obbligo per lo Stato italiano di garantire la necessaria assistenza a tutti quei soggetti da considerare vulnerabili in ragione della loro età o del loro stato di salute⁴⁸.

Solo all'esito di questo ennesimo e vano tentativo di risoluzione della difficile situazione venutasi a creare, dopo circa due settimane di attesa trascorse in alto mare in un clima di crescente tensione emotiva, il comandante della nave decise di fare ingresso nelle acque territoriali italiane, contravvenendo al divieto notificato dal Ministero dell'interno.

Tale iniziativa determinò l'apertura di un procedimento penale a suo carico in relazione ai reati di favoreggiamento aggravato (art. 12, co. 1 e 3, lett. a, TU) e rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 cod. nav.⁴⁹), atto cui seguì l'esecuzione di un decreto di perquisizione personale e locale a bordo della motonave che, tuttavia, continuava ad essere bloccata all'ingresso del porto di Lampedusa sotto l'attenta sorveglianza delle autorità italiane.

La situazione di *impasse* si sbloccò definitivamente solo nelle prime ore del 29 giugno 2019, quando il comandante decise di forzare il blocco delle autorità italiane e di dirigersi verso la banchina del molo commerciale di Lampedusa dove, nelle operazioni di ormeggio, urtò una vedetta della Guardia di Finanza.

Al termine della vicenda sinteticamente riportata, il capitano Carola Rackete venne, dunque, tratto in arresto in relazione ai delitti di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.), reati per i quali

47. *Press Release ECHR 240(2019), The Court decides not to indicate an interim measure requiring that the applicants be authorised to disembark in Italy from the ship Sea-Watch 3*, in www.hudoc.echr.coe.int, 25.6.2019. Per un primo commento della decisione cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 26.6.2019.

48. In realtà non sembra inutile sottolineare, come correttamente messo in rilievo dai primi commentatori delle decisioni appena richiamate, che l'esito fallimentare di questi ricorsi cautelari non si giustifica tanto per l'insussistenza del requisito del *fumus boni iuris* dei diritti azionati, quanto, piuttosto, per l'interpretazione particolarmente restrittiva dei presupposti di adozione delle misure cautelari di loro competenza da parte degli organi giudiziari interpellati. In tal senso cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo*, cit.; P. 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)*, cit., p. 36.

49. L'art. 1099 cod. nav., rubricato «Rifiuto di obbedienza a nave da guerra», dispone: «Il comandante della nave, che nei casi previsti nell'articolo 200 non obbedisce all'ordine di una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione fino a due anni».

la Procura chiese la convalida e l'applicazione della misura cautelare del divieto di dimora in provincia di Agrigento⁵⁰.

Tale domanda venne, tuttavia, rigettata dal G.I.P. che, all'esito di un'approfondita analisi del quadro normativo applicabile alle attività di *search and rescue at sea*, ritenne sussistente la scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*

4.1. *Il riconoscimento dell'adempimento di un dovere dei soccorritori*

In via preliminare occorre evidenziare come il giudice abbia agevolmente escluso la realizzazione del delitto di cui all'art. 1100 cod. nav. aderendo a quell'orientamento ermeneutico, condiviso anche dalla Corte cost. nella sent. 3 febbraio 2000, n. 35, secondo cui le unità navali della Guardia di Finanza possono considerarsi navi da guerra «solo quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare»⁵¹, ipotesi non ricorrente nel caso di specie, nel quale, invece, l'urto con la motonave *Sea Watch 3* era avvenuto in acque territoriali.

Quanto, invece, al reato di resistenza a pubblico ufficiale di cui all'art. 337 c.p., il giudice non esclude la sussistenza del fatto tipico, in quanto «l'aver posto in essere una manovra pericolosa nei confronti dei pubblici ufficiali a bordo della motovedetta della Guardia di Finanza, senz'altro costituente il portato di una scelta volontaria seppur non calcolata, permette di ritenere sussistente il coefficiente soggettivo necessario ai fini della configurabilità concettuale del reato in discorso»⁵².

E tuttavia detto reato deve considerarsi scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., per avere l'indagata agito in adempimento di un dovere.

In particolare, il G.I.P., dopo aver ricostruito il quadro normativo, internazionale e interno, vigente in materia di obblighi di ricerca e salvataggio in mare⁵³, ne ricava la sussistenza di un dovere di soccorso incombente sui comandanti delle navi, che si esaurisce solo con il ricovero dei soggetti tratti in salvo in un luogo sicuro, ed è proprio in adempimento di un simile obbligo che deve ritenersi scriminata la condotta posta in essere da Carola Rackete.

Nei passaggi argomentativi della decisione risultano particolarmente interessanti le ragioni addotte per escludere l'ipotesi secondo cui il suddetto obbligo di soccorso potrebbe venir meno per effetto di direttive ministeriali o di provvedimenti interministeriali che

50. Mette conto rilevare che la Procura decise, invece, di agire separatamente con riferimento alla contestazione del reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare.

51. Corte cost., sent. 3.2.2000 (dep. 7.2.2000), n. 35.

52. Trib. Agrigento, Ufficio Gip, ord. 2.7.2019, cit., p. 11.

53. Cfr. *supra*, par. 2.

vietano l'ingresso, il transito e la sosta nelle acque territoriali ai sensi del nuovo art. 11, co. 1-ter, TU.

A tal riguardo giova rammentare come l'adozione di simili provvedimenti di divieto possa essere giustificata da due presupposti alternativamente considerati: il primo è rappresentato dalla sussistenza di «motivi di ordine e sicurezza pubblica», mentre il secondo rimanda alla presenza delle condizioni previste dall'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione UNCLOS, ovvero all'ipotesi in cui una nave effettui «il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero».

Secondo la pronuncia in esame, il richiamo parziale ed isolato operato dalla novella alla citata disposizione della Convenzione UNCLOS non permette di individuare con esattezza il quadro normativo vigente.

Difatti, il disposto dell'art. 19, co. 2, lett. g), UNCLOS va coordinato con quanto stabilito dall'art. 18, co. 2, UNCLOS, secondo cui il legittimo passaggio inoffensivo di una nave nelle acque territoriali di uno Stato consente anche la fermata e l'ancoraggio dell'imbarcazione, «ma soltanto se questi costituiscono eventi ordinari di navigazione o sono resi necessari da forza maggiore o da condizioni di difficoltà, oppure sono finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo».

In sostanza, la lettura congiunta degli artt. 18 e 19 della Convenzione UNCLOS permette di ricavare «il principio della libertà degli Stati di regolare i flussi di ingresso nel suo territorio nazionale (espressione di sovranità) con i limiti – tuttavia – derivanti dal diritto consuetudinario e dai limiti che lo Stato stesso si impone mediante l'adesione ai Trattati internazionali, idonei a conformare la sovranità nazionale, e tra detti limiti figurano il dovere di pronto soccorso alle navi in difficoltà e di soccorso ai naufraghi»⁵⁴.

5. I due casi a confronto

Prima di sviluppare alcune considerazioni sul merito delle due pronunce ricostruite nei paragrafi precedenti, occorre preliminarmente metterne in evidenza alcuni profili differenziali.

Sul piano processuale, deve osservarsi che mentre la pronuncia del Tribunale di Trapani è una sentenza di merito resa all'esito di un giudizio abbreviato, la decisione del Tribunale di Agrigento è un'ordinanza cautelare.

54. Trib. Agrigento, Ufficio Gip, ord. 2.7.2019, cit., p. 4, in cui, peraltro, si evidenzia che limiti analoghi a quelli appena menzionati possono derivare anche dal diritto interno, come in effetti accade a proposito dell'art. 10-ter TU, a mente del quale «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi».

Sul piano sostanziale vale, invece, rilevare il diverso profilo degli autori delle condotte oggetto di accertamento giudiziale: nel primo caso, essi si identificano con gli stessi migranti soccorsi in mare, mentre nella seconda vicenda l'agente coincide con il comandante della nave che ha realizzato l'attività di salvataggio. Una tendenziale omogeneità di fondo si ritrova, di contro, nelle condotte realizzate e nelle contestazioni formulate da parte della pubblica accusa.

Difatti, così come i migranti della *Vos Thalassa* che stavano per essere riportati in Libia hanno fatto ricorso alla violenza e alla minaccia nei confronti dei pubblici ufficiali presenti a bordo al fine di impedire il respingimento, allo stesso modo il capitano della *Sea Watch 3*, con una condotta violenta, ha forzato il blocco delle autorità italiane, urtando una motovedetta della Guardia di Finanza, in modo da consentire lo sbarco delle persone tratte in salvo.

Su queste vicende fattuali si fondano, dunque, le iscrizioni per i reati di cui agli artt. 336 e 337 c.p. a carico dei migranti della *Vos Thalassa*, e per il reato previsto dall'art. 337 c.p. (oltre che per quello di cui all'art. 1100 cod. nav.) a carico del comandante Rackete.

Peraltro, l'esito di tali condotte è stato quello di procurare illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio italiano, circostanza idonea a far ipotizzare agli inquirenti la realizzazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare *ex art. 12 TU*⁵⁵.

Dinanzi a tali contestazioni, i percorsi argomentativi seguiti dai giudici risultano analoghi, sebbene sia diversa la scriminante applicata.

5.1. Una breve digressione: le condotte delle O.n.g. tra soccorso di necessità (art. 54 c.p.) e stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (art. 54, co. 3, c.p.)

Almeno fino alla pronuncia delle decisioni in commento, i più rilevanti provvedimenti giurisdizionali resi nell'ambito delle attività di soccorso in mare avevano escluso la punibilità delle condotte contestate facendo leva sulla sussistenza dei presupposti dello stato di necessità.

Di tale figura fece applicazione, ad esempio, il G.I.P. di Ragusa nell'ordinanza del 16 aprile 2018, che rigettò la richiesta di sequestro preventivo della motonave *Open arms*, ritenendo che «le condotte contestate [...] si risolvono in una disobbedienza alle direttive

55. Cfr. *supra*, par. 4, nota 50, in cui è stato già evidenziato come tra gli illeciti penali contestati a Carola Rackete nell'ordinanza del GIP di Agrigento in commento non compaia il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in quanto per tale ipotesi di reato la Procura ha deciso di procedere separatamente.

impartite dalle autorità preposte al coordinamento dei soccorsi, che però non vale ad impedire [...] la configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità»⁵⁶.

Considerazioni analoghe erano poste alla base della richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura di Palermo il 15 giugno 2018 per il salvataggio di 220 migranti realizzato dalla nave *Golfo Azzurro*; nella richiesta, dopo una breve ricostruzione del quadro normativo internazionale vigente *in subiecta materia*, la pubblica accusa reputa «evidente che [...] le operazioni di salvataggio eseguite costituiscono attività di soccorso e assistenza umanitaria nei confronti dei migranti in difficoltà»⁵⁷, in quanto tali non punibili ai sensi dell'art. 12, co. 2, TU.

Secondo tale ricostruzione interpretativa, viene in rilievo il difetto di anti giuridicità delle condotte poste in essere in quanto, anche a voler considerare l'annoso dibattito circa la natura da attribuire all'esimente descritta dall'art. 54, co. 1, c.p.⁵⁸, il «soccorso di necessità» rappresenterebbe da sempre, per i sostenitori della teoria oggettiva, la miglior riprova di come in simili ipotesi non venga in gioco un problema di turbamento del processo motivazionale dell'agente, e dunque l'esclusione della colpevolezza, ma, piuttosto, di bilanciamento degli interessi e dunque una causa di giustificazione.

La soluzione, del resto, non muta anche aderendo all'orientamento, ormai prevalente nella dottrina italiana⁵⁹, che propende per una ricostruzione differenziata delle ipotesi di non punibilità che si ricollegano allo stato di necessità. In tal senso, il fatto si considera «scusato» qualora comporti il sacrificio di un bene di maggiore o pari rilievo rispetto a quello da salvaguardare. Diversamente, la condotta risulterà «giustificata» se determina l'offesa ad un bene di minor rilievo, come accade nelle ipotesi di soccorso considerate nelle quali non è in dubbio la minor rilevanza dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori rispetto ai diritti vantati dai migranti tratti in salvo.

Ad una diversa conclusione deve, invece, giungersi nel caso in cui si faccia applicazione dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia di cui all'art. 54, co.

56. Cfr. Trib. Ragusa, Ufficio Gip, Decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo, 16.4.2018 (dep. 16.4.2019), p. 16, con nota di M. Patarnello, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Dir. pen. cont.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 19.4.2019. Nel caso di specie il comandante, chiamato prima ad intervenire e poi ad arrestare il proprio intervento a fronte del coinvolgimento della Guardia costiera libica, decise di portare ugualmente a termine le operazioni di salvataggio intraprese rispetto a due dei tre eventi *s.a.r.* segnalati, rifiutandosi di consegnare alle autorità libiche i migranti soccorsi.

Per tali ragioni, la Procura distrettuale della Repubblica presso il Tribunale di Catania avviò un'indagine in rapporto al reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, richiedendo il sequestro preventivo dell'imbarcazione.

57. Procura di Palermo, Richiesta di archiviazione 28.5.2018, pp. 5-6.

58. Per un'approfondita ricostruzione del dibattito cfr. spec. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 32 ss.

59. Cfr., per tutti, C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, Utet, 2016, p. 369 ss.

3, c.p., classica fattispecie scusante alla quale la giurisprudenza di legittimità è talvolta ricorsa per escludere la punibilità delle condotte in esame.

In particolare, in una recente decisione, la Suprema Corte ha sostenuto che «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere scusata ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, in termini di azione dell'autore mediato, 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»⁶⁰.

Attraverso l'adesione a tale soluzione ermeneutica e, in particolare, alla teoria dell'autoria mediata⁶¹, la Cassazione arriva a conseguire simultaneamente un duplice risultato: da un lato, quello di garantire l'impunità dei soccorritori; dall'altro, quello di assicurare l'applicabilità della legge penale italiana ai trafficanti⁶².

Tale scelta, comprensibilmente motivata dall'esigenza di estendere la giurisdizione italiana alle condotte di traffico di migranti che, invero, si sono interamente realizzate al di fuori dei confini nazionali, presta il fianco a diverse riserve.

In particolare, è stato rilevato come «dalla ricostruzione della Suprema Corte parrebbe che la conduzione dei migranti nel nostro territorio costituisca l'«evento» del reato descritto dalla fattispecie di cui all'art. 12 TU»⁶³, mentre, come noto, la fattispecie tipica del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina risponde allo schema del reato di mera condotta a forma libera⁶⁴.

60. Cass. pen., sez. I, 28.2.2014, n. 14510, p. 6, nella quale, peraltro, è evidente l'errore terminologico in cui è incorsa la Corte, nella parte in cui definisce come autori «mediati» gli esecutori materiali del reato. Cfr. A. Giliberto, *Sussiste la giurisdizione italiana per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4.6.2014; M.T. Trapasso, *Il richiamo giurisprudenziale all'«autoria mediata» in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. Pen.*, n. 2.2017, p. 583 ss.

61. Cfr. in argomento, per tutti, C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 572 ss.

62. In tal senso cfr. S. Bernardi, *I possibili profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1.2018, p. 139.

63. M.T. Trapasso, *Il richiamo giurisprudenziale all'«autoria mediata» in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, cit., p. 585.

64. S. Zirulia, *Commento all'art. 12 T.U. immigrazione (Favoreggiamento delle migrazioni illegali)*, IV ed., in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G. Gatta, Vicenza, Wolters Kluwer, 2015, p. 2674. Tale prospettiva, peraltro, è stata recentemente confermata da una pronuncia delle Sezioni Unite nella quale, dopo aver chiarito che la fattispecie descritta all'art. 12, co. 3, TU integra una circostanza aggravante e non un'autonoma fattispecie di reato, si ribadisce la natura di reato di mera condotta a consumazione anticipata del reato *de quo*. Sul punto cfr. Corte Cass., SU, sent. 21.6.2018 (dep. 24.9.2018), n. 40982, con nota di G. Savio, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall'art. 12, co. 3, T.U. Immigrazione*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 14.12.2018.

È stata inoltre contestata l'applicabilità della teoria dell'autore mediato, di per sé controversa nella dottrina italiana⁶⁵, alla fattispecie di reato in esame⁶⁶.

Ma è soprattutto la scelta di ricorrere ad una scusante a suscitare dubbi, dal momento che la non punibilità degli agenti nelle vicende considerate meglio si attaglia alla logica e alla funzione politico-criminale assegnata alle scriminanti, piuttosto che a quella generalmente ascritta alle scusanti o cause di esclusione della colpevolezza (*rectius*, della responsabilità penale⁶⁷).

A tal riguardo basti considerare la diversa valutazione normativa sottesa a queste due categorie di cause di non punibilità: «Una causa di giustificazione presuppone che due interessi collidano reciprocamente, così che solo l'uno o l'altro può prevalere. [...] Una scusante [...] presuppone invece che l'autore abbia agito in modo antiggiuridico, cioè che non si possa richiamare ad un controinteresse riconosciuto dall'ordinamento»⁶⁸.

Orbene, non sembra possibile dubitare del fatto che nei casi considerati vengano in rilievo almeno due interessi in conflitto: da un lato quello dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori; dall'altro, il diritto delle persone tratte in salvo al ricovero in un luogo sicuro, cui fa da contraltare un vero e proprio dovere di soccorso che incombe sugli Stati (di bandiera e costieri) e sui comandanti delle imbarcazioni coinvolte nelle operazioni di salvataggio.

A fronte del riconoscimento di un simile conflitto, l'interprete non può che ritrovare nella categoria dell'antigiuridicità la sua naturale sede compositiva⁶⁹.

65. Tale figura è stata elaborata da quella parte della dottrina tedesca che, nell'ambito del concorso di persone nel reato, sosteneva la c.d. teoria dell'accessorietà estrema, secondo la quale la condotta dell'esecutore materiale deve risultare tipica, antiggiuridica e colpevole. Per colmare le conseguenti lacune che si profilavano rispetto alla punibilità di condotte atipiche che accedono ad un fatto realizzato da un soggetto esecutore incolpevole, si considerava come autore, seppure mediato, punibile ai sensi della stessa fattispecie monosoggettiva, chi usava altro come puro strumento esecutivo.

La dottrina italiana prevalente ritiene priva di utilità l'applicazione della figura dell'autore mediato nel nostro ordinamento, cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 523, nota 19; T. Padovani, *Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2017, pp. 349-350; Id., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 187 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 507-509. In senso contrario cfr. C. Fiore e S. Fiore, *op. cit.*, p. 572 ss.

66. In effetti, anche quella parte della dottrina italiana che accoglie la teoria della reità mediata non la ritiene applicabile nelle ipotesi di cui all'art. 54, co. 3, c.p., perché in esse l'esecutore agisce con dolo, cfr. C. Fiore e S. Fiore, *op. cit.*, p. 572 ss.

67. Cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, ESI, 1992, p. 88 ss.

68. C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, ESI, 1996, p. 90.

69. Cfr. C. Roxin, *op. loc. ult. cit.*; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 26 ss.

5.2. *La legittima difesa dei migranti soccorsi e gli eventuali profili di responsabilità degli aggressori*

Le pronunce relative ai casi *Vos Thalassa* e *Rackete* si inseriscono in un mutamento degli orientamenti giurisprudenziali, che tende verso l'applicazione delle cause di giustificazione di cui agli artt. 51 e 52 c.p.

Quanto alla prima decisione, deve osservarsi che gli elementi di affinità che avvicinano i presupposti dello stato di necessità a quelli della legittima difesa non valgono a porre in secondo piano gli elementi distintivi e le differenti conseguenze che derivano dall'applicazione dell'una o dell'altra causa di non punibilità.

In particolare, è noto che mentre nella scriminante di cui all'art. 54 c.p. la condotta necessitata si dirige contro un individuo estraneo o innocente, perché non responsabile della situazione di pericolo venutasi a creare, nella legittima difesa l'azione difensiva si rivolge contro l'autore di un'aggressione ingiusta, la quale spesso realizza un illecito penale.

Di conseguenza, a differenza delle pronunce che hanno fatto applicazione dello stato di necessità, nel caso *Vos Thalassa* i decidenti hanno rimarcato il dato per cui l'azione difensiva degli agenti si è indirizzata nei confronti dei loro aggressori⁷⁰, autori di quel «pericolo attuale di un'offesa ingiusta» descritto dall'art. 52 c.p.

Uno dei maggiori meriti della decisione in esame risiede, dunque, nell'aver spostato l'angolo visuale del dibattito sui soccorsi in mare, portandolo dagli eventuali profili di responsabilità penale dei soccorritori alla natura illecita degli atti di respingimento realizzati sotto il coordinamento delle autorità italiane⁷¹.

In questa mutata prospettiva assume particolare peso l'individuazione e l'esame delle fattispecie penali che potrebbero venire in rilievo, profilo sul quale la pronuncia di Trapani, invero, non si sofferma, ritenendo che la condotta dei pubblici ufficiali coinvolti fosse scusata dall'erronea supposizione di adempiere un ordine legittimo dell'autorità competente.

Rispetto a tale indagine, deve osservarsi che se è vero che l'esatta qualificazione del fatto concreto non può prescindere da un'attenta valutazione delle singole circostanze fattuali, è altrettanto vero che la prassi dei respingimenti in mare che si realizzano sotto il coordinamento dell'IMRCC⁷² si è andata consolidando con modalità uniformi e ripetute nel tempo che consentono di effettuare una classificazione generale.

70. Cfr. Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23.5.2019, cit., p. 18.

71. In tal senso cfr. L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, cit.

72. Sembra utile rammentare che l'IMRCC è competente a coordinare le attività di *search and rescue* o quando le operazioni di salvataggio sono effettuate nell'ambito della zona *s.a.r.* di propria competenza o quando, in caso di operazioni realizzate al di fuori di tale zona, abbia ricevuto per primo la notizia di persone in pericolo in mare, rimanendo

Infatti, sembrano essenzialmente due i modelli di azione nei quali è possibile inscrivere le condotte contestate.

Per un primo verso, occorre far riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il soccorso, realizzato in acque internazionali (verosimilmente nella zona *s.a.r.* libica), è posto in essere da un'imbarcazione cui l'IMRCC dà l'ordine di riportare i migranti verso le coste africane – o, comunque, di collaborare con le autorità libiche – e l'ordine viene eseguito⁷³. È quanto è accaduto, ad esempio, nella vicenda *Vos Thalassa*, dove si è avuto quantomeno un tentativo di esecuzione dell'ordine impartito dalle autorità italiane.

Per altro verso, vengono in rilievo tutti quei casi nei quali, in presenza delle medesime circostanze fattuali appena descritte, il comandante nella nave che ha effettuato il soccorso decida di non eseguire l'ordine dell'IMRCC e di dirigersi altrove (verosimilmente verso le coste europee) per effettuare lo sbarco, come verificatosi nel caso *Rackete*.

A ben vedere, in entrambe le ipotesi considerate l'ordine impartito deve ritenersi illegittimo, in quanto adottato in violazione degli obblighi internazionali di ricerca e salvataggio in mare che impongono ai soccorritori e agli Stati costieri non il semplice recupero dei naufraghi, ma la loro conduzione in un «luogo sicuro»⁷⁴. E tuttavia le conseguenze che si configurano a carico degli autori di un simile ordine sono diverse a seconda che esso venga o meno attuato⁷⁵.

Nel primo caso, la condotta di esecuzione della direttiva illegittima sembra integrare tutti gli elementi costitutivi del delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 9, c.p.; norma che si pone a presidio della libertà morale dell'individuo, intesa sia come libertà di autodeterminazione secondo motivi propri, sia come libertà di azione sulla base delle scelte effettuate autonomamente⁷⁶.

Non c'è dubbio che il processo di formazione e di attuazione della libertà morale dei soggetti prima soccorsi e poi ricondotti forzatamente in Libia sia vulnerato dalla condotta di coloro che eseguono l'ordine di respingimento, la quale, del resto, ben può qualificarsi come violenta alla luce della nozione particolarmente estensiva e dematerializzata di «violenza» accolta dalla giurisprudenza, la quale vi ricomprende «ogni mezzo idoneo a

responsabile almeno fino a quando il *Rescue Center Coordination* competente o altra autorità non assumano il coordinamento per l'evento segnalato. Sul punto cfr. Par. 6.7 della Risoluzione MSC.167 (78) del 20.5.2004, intitolata *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*.

73. In questa categoria di ipotesi deve considerarsi ricompreso anche il caso in cui il salvataggio sia effettuato direttamente dalla Guardia costiera libica, su segnalazione dell'evento *s.a.r.* da parte delle autorità italiane.

74. In tal senso cfr. i Capitoli 1.3.2 e 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR, oltre alla Regola 33, par. 1-1, SOLAS e, soprattutto, la definizione di *place of safety* riportata dal Par. 6.12 della Risoluzione MSC.167 (78) del 20.05.2004, intitolata *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*.

75. Cfr. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 101 ss.

76. Cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, 4^a ed., Bologna, Zanichelli, 2013, p. 219 ss.; F. Mezzetti, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, p. 264 ss.

privare il soggetto passivo, in rapporto alle condizioni fisiche e psichiche di questo, della capacità di determinarsi e di agire secondo la propria volontà»⁷⁷.

E tuttavia, in simili casi non è infrequente il riconoscimento in favore degli esecutori del comando della scusante di cui all'art. 51, co. 3, c.p., a mente del quale non risponde del reato chi abbia creduto, per errore di fatto, di obbedire ad un ordine legittimo. Si tratta, a ben vedere, di un'applicazione particolare della disciplina più generale dettata dall'art. 59, co. 4, c.p. a proposito dell'erronea supposizione di una scriminante⁷⁸.

Quanto invece alla posizione dei superiori che hanno adottato la direttiva, non è difficile ipotizzare una loro responsabilità concorsuale per il delitto eseguito o quantomeno tentato, posto che l'ordine criminoso costituisce per chi lo ha dato una condotta di partecipazione morale al fatto tipico, sotto forma di determinazione o di istigazione rilevante *ex art.* 110 c.p.⁷⁹.

Appare, invece, discutibile la configurabilità, in concorso con il delitto di violenza privata aggravata (artt. 610 e 61, n. 9, c.p.), del reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p.), che, com'è noto, si applica al pubblico agente il quale, nello svolgimento delle proprie funzioni, in violazione di norme di legge o di regolamento, intenzionalmente arreca ad altri un danno ingiusto⁸⁰.

Rispetto alle vicende considerate, tale norma incriminatrice potrebbe venire in rilievo nell'ambito della procedura amministrativa volta all'individuazione e all'assegnazione di un *p.o.s.*⁸¹, ovvero di un luogo sicuro in cui far sbarcare le persone tratte in salvo nell'ambito delle operazioni di salvataggio coordinate dall'IMRCC.

77. In senso critico cfr. F. Mezzetti, voce *Violenza privata e minaccia*, cit., p. 273 ss., che muove, invece, dall'esigenza di interpretare il concetto di violenza in senso teleologicamente orientato allo scopo di tutela sotteso alle incriminazioni previste dagli artt. 610 c.p. ss.

Sulla possibilità di applicare una scriminante alle condotte appena considerate cfr. F. Palazzo, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei "respingimenti" in alto mare)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2.2011, p. 458 ss.

78. Cfr. D. Pulitanò, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 329 ss. Sul punto cfr. anche F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 378, il quale evidenzia che, se si vuol evitare di assegnare alla disposizione di cui all'art. 51, co. 3, c.p. un significato autonomo rispetto a quello espresso dall'art. 59, co. 4, c.p., essa va intesa nel senso che l'esclusione della responsabilità per errore di fatto sulla legittimità dell'ordine opera anche con riguardo alla responsabilità a titolo colposo. Per un'approfondita ricostruzione delle teorie elaborate rispetto al problema della collocazione dogmatica dell'errore sulle scriminanti cfr. da ultimo A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, Jovene, 2000, *passim*.

79. Cfr. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 102.

80. Cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, 5ª ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 244 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 349 ss.

81. Per un approfondimento sui profili amministrativi di tale procedura e, in particolare, sulla natura da riconoscere all'atto finale di assegnazione di un *p.o.s.* cfr. M.C. Cavallaro, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 5.6.2019, in cui si precisa che l'adozione di tale atto, conformemente a quanto previsto dalle Procedure operative standard 009/15

Più nello specifico, l'abuso d'ufficio troverebbe applicazione ogniqualvolta si indichi come *p.o.s.* un luogo che, non rispondendo agli *standard* di sicurezza individuati dalla disciplina internazionale, determini una sostanziale elusione del divieto di *refoulement*.

Senonché, deve osservarsi come, ai fini della realizzazione di cui all'art. 323 c.p., non basti la mera inosservanza di principi o di norme genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa, richiedendosi, invece, la trasgressione di disposizioni a contenuto precettivo che prescrivono specifici modelli di comportamento⁸².

Difatti, soprattutto a seguito degli interventi legislativi volti a colmare il *deficit* di determinatezza della fattispecie in esame⁸³, si ritiene essenziale che la norma la cui violazione può configurare un abuso penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. abbia non solo un certo rango formale, ma anche un contenuto in grado di vincolare il pubblico agente nell'osservanza di un certo contegno⁸⁴.

In quest'ottica sembra, invero, problematico sostenere che le norme di diritto internazionale sopra menzionate, alle quali pure si riconosce il rango di fonti normative interposte⁸⁵, possano vietare o richiedere, con un contenuto precettivo sufficientemente specifico, un certo comportamento al pubblico agente durante lo svolgimento di una sua funzione o servizio.

Quanto al secondo modello di azione prospettato, deve osservarsi come, in questa diversa classe di casi, la mancata esecuzione dell'ordine illegittimo impedisca la realizzazione del delitto di violenza privata in danno dei migranti.

In tali circostanze sorge, tuttavia, il problema di capire se residuino profili di responsabilità per la condotta dei superiori che hanno dato l'ordine.

Dal momento che l'impartizione di un comando, ancorché di carattere delittuoso, sembra condotta lontana dal soddisfare i canoni minimi di offensività generalmente richiesti per la configurazione di un fatto autonomamente rilevante sul piano penale, deve ritenersi che «solo quando l'inferiore inizia l'esecuzione dell'ordine, il superiore può essere imputato e punito di tentativo del particolare reato; altrimenti egli deve andare impunito a

(*Standard Operating Procedure*) predisposte dal Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto, spetta al Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'interno, su richiesta avanzata dalla Centrale operativa del Comando generale della Capitaneria (*Italian Maritime Rescue Center Coordination*) e inoltrata dal Centro nazionale di coordinamento (*National Coordination Center*).

82. Cfr. M. Gambardella, sub *Art. 323 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2015, p. 597 ss.

83. Si fa riferimento alla l. 26.4.1990, n. 86, recante «Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», e soprattutto alla l. 16.7.1997, n. 234, rubricata «Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale».

84. In tal senso cfr. M. Romano, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 356.

85. Cfr. Corte cost., sent. 22.10.2007 (dep. 24.10.2007), nn. 347 e 348.

meno che la sua attività non ricada sotto l'ambito di un'altra norma e muti con ciò il titolo della sua responsabilità penale»⁸⁶.

Riguardo alla possibile applicazione della fattispecie di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., essa sembra resa ancora più difficile dalla circostanza per la quale, a seguito del rifiuto di esecuzione dell'ordine opposto dal comandante della nave, l'amministrazione, di regola, assume una condotta omissiva, che si sostanzia nella mancata segnalazione di un *p.o.s.* alternativo.

A tal riguardo deve osservarsi che se, da un lato, si ammette pacificamente la realizzazione in forma omissiva di una condotta abusiva *ex art.* 323 c.p., dall'altro, si richiede che tale *non facere* corrisponda al mancato esercizio di un potere esplicitamente attribuito al pubblico funzionario da una norma di legge o di regolamento, requisito, invero, difficilmente ravvisabile nei casi considerati, nei quali la competenza del Dipartimento delle libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'interno per l'individuazione del *p.o.s.* si fonda su un mero accordo tra amministrazioni appena richiamato all'interno delle Procedure operative standard 009/15 (*Standard Operating Procedure*)⁸⁷.

In definitiva, il carattere illegittimo dell'ordine impartito, agevolmente desumibile dal combinato disposto delle fonti internazionali sopra richiamate, difficilmente può tradursi in un fatto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p., dal momento che in questi casi la condotta contestata si pone in violazione di disposizioni prive di un contenuto precettivo immediato che, in quanto tali, privano «il giudice di un reale criterio di selezione tra mera illegittimità amministrativa e illiceità penale»⁸⁸.

Nondimeno, deve osservarsi che l'omessa segnalazione di un luogo di sbarco da parte delle autorità competenti, per finalità che esulano dalle funzioni attribuite nell'ambito dell'*iter* procedurale per la determinazione del *place of safety*, determina un'illegittima privazione della libertà personale dei migranti al di fuori dei casi consentiti dalla legge e, molto spesso, per un arco temporale giuridicamente apprezzabile. Tale considerazione induce, quindi, a non poter escludere tra le norme incriminatrici applicabili ai casi considerati il sequestro di persona pluriaggravato di cui all'art. 605, comma 1, 2 n. 2 e 3 c.p.⁸⁹; contestazione che, tuttavia, presuppone come risolta a monte l'individuazione

86. G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 124.

87. Cfr. *supra*, par. 5.2, nota 81.

88. A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino e G. Fornasari, Torino, Giappichelli, 2008, p. 255 ss.

89. Il sequestro di persona pluriaggravato è l'ipotesi di reato contestata dalla Sezione Reati ministeriali presso il Tribunale dei Ministri di Catania all'ex Ministro dell'interno Matteo Salvini nella nota vicenda Diciotti. Per un'analisi più approfondita cfr. S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei Ministri qualifica le condotte del Ministro*

dell'autorità competente all'adozione dell'atto e la qualificazione della sua natura giuridica⁹⁰.

5.3. «Conflitto di doveri» e adempimento di un dovere

Occorre, da ultimo, soffermare l'attenzione sulla scelta, operata dalla giurisprudenza più recente, di ricondurre le condotte dei soggetti impegnati nelle attività di soccorso in mare sotto l'ambito di applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*, come accaduto nell'ordinanza *Rackete*.

Riguardo al caso da ultimo citato, occorre in primo luogo interrogarsi sulle ragioni che, a differenza della pronuncia *Vos Thalassa*, hanno portato ad escludere l'applicazione della legittima difesa.

In effetti la condotta difensiva che l'art. 52 c.p. rende non punibile può essere compiuta dallo stesso soggetto aggredito, ovvero da un terzo; la liceità del comportamento nel c.d. soccorso difensivo è subordinata agli stessi elementi che condizionano l'impunità dell'aggredito reagente⁹¹. In quest'ottica, a fronte dell'omessa assegnazione di un *p.o.s.* che lede il diritto dei migranti ad essere ricoverati in un luogo sicuro, la condotta del capitano che forza il blocco delle autorità italiane per realizzare lo sbarco potrebbe essere qualificata proprio in termini di soccorso difensivo atto a giustificare i fatti contestati.

Deve tuttavia rilevarsi la difficile dimostrazione del requisito dell'attualità del pericolo nel caso concreto, dal momento che la situazione denunciata perdurava da oltre venti giorni e che il costante monitoraggio delle condizioni sanitarie, insieme all'immediato sbarco disposto in favore dei soggetti vulnerabili, escludeva la configurazione di pregiudizi imminenti rispetto ai diversi diritti coinvolti nel caso di specie.

Assumendo come corretta l'impostazione suggerita, non risulta comunque di immediata comprensione il motivo per il quale il giudice ha escluso l'antigiuridicità della condotta dell'agente invocando non l'art. 54 c.p., che fino ad allora aveva avuto larga applicazione⁹², ma la scriminante dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*

Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 28.1.2019.

Più di recente, un'analoga contestazione ha riguardato la vicenda Gregoretti, per la quale la stessa Sezione del medesimo Tribunale è tornata a chiedere l'autorizzazione a procedere al Senato. Sul punto cfr. A. Ziniti, *Catania, blocco nave Gregoretti: il Tribunale dei ministri chiede autorizzazione a procedere per Salvini*, in www.repubblica.it, 17.12.2019.

90. Sul punto cfr. M.C. Cavallaro, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella "vicenda Diciotti"*, cit., p. 4, secondo la quale «la responsabilità al rilascio del *p.o.s.* deve ritenersi espressione di una competenza del Dirigente di vertice del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, al quale pertanto si sarebbe dovuta direttamente ascrivere la condotta criminosa imputata al Ministro».

91. Cfr. C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 226.

92. Cfr. *supra*, par. 5.1.

In effetti, la condotta di chi agisce in base ad un obbligo di soccorso in favore di un terzo che versa in una situazione di pericolo attuale per la sua incolumità risulta *prima facie* sussumibile sotto l'ambito di applicazione sia del soccorso di necessità disciplinato dall'art. 54 c.p., che dell'adempimento di un dovere previsto dall'art. 51 c.p.

La difficile qualificazione delle situazioni considerate, a ben vedere, rientra nel più ampio problema della soluzione di quella particolare situazione antinomica che prende il nome di «conflitto di doveri», la quale si configura ogniqualvolta due norme giuridiche di carattere prescrittivo, una di comando e l'altra di divieto⁹³, qualificano una medesima condotta in termini contrari. Il terreno elettivo del tema del «conflitto di doveri» attiene alla responsabilità per trattamenti medico-sanitari, ma una significativa casistica concerne anche l'ambito degli obblighi di soccorso che, in assenza di specifiche norme, traggono fondamento dall'art. 593, co. 2, c.p.⁹⁴.

In particolare, qualora un dovere di soccorso previsto in favore di un soggetto in pericolo imponga la realizzazione di fatti di reato, sorge un conflitto tra la norma di comando che prescrive l'obbligo di agire e la norma incriminatrice che vieta la realizzazione di certe condotte. Si tratta della situazione che emerge nei casi in esame, nei quali, agli obblighi internazionali di soccorso incombenti sui comandanti delle navi, fanno da contraltare norme incriminatrici di divieto, prima fra tutte quella che prevede il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 TU.

A fronte di simili conflitti normativi, l'individuazione della disposizione applicabile consegue, di regola, all'impiego degli ordinari criteri risolutivi delle antinomie giuridiche (gerarchico, di specialità e cronologico).

Essi, tuttavia, non risultano decisivi in un numero considerevole di casi. Ciò, ad esempio, si verifica quando la norma generale è anche successiva o nell'ipotesi in cui, tra le norme in conflitto, non sussista un rapporto di specialità ma di mera interferenza⁹⁵. La circostanza da ultimo richiamata, peraltro, è proprio quella che sembra venire in rilievo nelle vicende considerate, nelle quali tra le norme applicabili vi è un rapporto non di *genus*

93. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 511-512, in cui l'Autore rileva che, in aggiunta alla tipologia di conflitto appena menzionata, la dottrina penalistica tedesca non solo considera anche l'ipotesi del conflitto tra due norme di obbligo, che sorge allorché l'adempimento dell'una comporti necessariamente l'inadempimento dell'altra, ma anzi riserva solo a quest'ultima la dizione di «conflitto di doveri in senso proprio» (*echte Pflichtenkollision*).

Rispetto alla delimitazione del concetto di conflitto di norme, cfr. anche F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1966, p. 53 ss., dove l'Autore evidenzia come nel conflitto di norme, a differenza del concorso di norme, venga in rilievo la simultanea applicazione di disposizioni non solo concorrenti, ma anche tra loro antitetichie.

94. Cfr. U. Giuliani, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, Giuliani, 1970, p. 4 ss.

95. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 495-496.

a *species*, ma di mera interferenza, dal momento che la norma incriminatrice in tema di favoreggiamento risulta applicabile a gran parte delle azioni che rientrano nelle più ampie classi di condotte riconducibili al dovere di soccorso in mare.

In simili situazioni la soluzione applicativa più adeguata al caso concreto deve, quindi, essere ricavata in via ermeneutica dall'interprete attraverso una valutazione bifasica. Quest'ultima, in particolare, si articola nella preliminare verifica dell'esistenza di un vero conflitto normativo, supportata da un'analisi isolata di ciascuna delle disposizioni e dei suoi limiti intrinseci, e nella successiva selezione del dovere prevalente, da individuare in forza di una valutazione comparata delle norme considerate e di un'esegesi sistematica e teleologicamente orientata⁹⁶.

Il risultato di un simile bilanciamento conduce, così, all'esclusione dell'illiceità di una delle condotte poste in essere secondo la logica propria delle cause di esclusione dell'antigiuridicità, anche se non si registra unanimità di vedute su quale sia la scriminante più adeguata alla risoluzione dei conflitti prospettati.

A tal riguardo deve osservarsi come una prima ricostruzione ermeneutica propenda per l'applicazione dell'art. 54 c.p. muovendo da un'impostazione tradizionalmente sostenuta nella dottrina tedesca, secondo la quale il conflitto di doveri non rappresenta altro che una speciale ipotesi di stato di necessità giustificante *ex* § 34 StGB⁹⁷ la cui unica particolarità risiede nella circostanza per cui l'agente non ha la semplice facoltà, ma il vero e proprio dovere di attivarsi per la difesa di un certo bene giuridico⁹⁸.

E tuttavia è stato rilevato come tale ricostruzione rechi con sé problemi difficilmente superabili.

In primo luogo, l'adozione della prospettiva dello stato di necessità condurrebbe a conseguenze aberranti se si considera che tale esimente, anche se interpretata come causa di giustificazione, si limita a conferire una mera facoltà di compiere il fatto e non un

96. F. Viganò, *op. cit.*, p. 492 ss., ove si evidenzia che l'interpretazione correttiva di una delle norme in conflitto, la quale porta ad escludere dal suo campo di applicazione la classe di casi cui è riconducibile la fattispecie concreta, deve derivare da un bilanciamento degli interessi tutelati dall'una e dall'altra norma, al fine di individuare quello più rilevante secondo l'ordinamento giuridico.

97. Cfr. *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 2003, p. 67: «Chi commette un fatto per allontanare da sé o da altri un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, la proprietà o un altro bene giuridico non agisce antigiuridicamente se nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ovvero tra i beni giuridici offesi ed il grado del pericolo che li minaccia, l'interesse protetto prevale in modo essenziale su quello leso. Ciò peraltro vale solo in quanto il fatto rappresenti un mezzo adeguato ad evitare il pericolo».

98. Cfr. F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, cit., pp. 511-512, in cui l'Autore nota come una soluzione parzialmente diversa sia stata elaborata dalla dottrina tedesca in caso di «conflitto di doveri in senso proprio», ovvero di conflitti tra due doveri di azione, situazione per la quale viene in rilievo una causa di giustificazione «sovraleale» solo assimilabile allo stato di necessità giustificante.

dovere di intervento⁹⁹. Sarebbe infatti illogico il risultato per cui «i diritti – che l’art. 2 della Carta costituzionale vigente definisce inviolabili – attribuiti alla persona umana verrebbero a dipendere da una decisione completamente facoltativa e addirittura arbitraria di chi si trovasse in grado di prestare soccorso»¹⁰⁰. Ritenendo, di contro, che in simili situazioni vengano in rilievo veri e propri obblighi di intervento per la tutela di beni fondamentali, la scriminante più adatta a giustificare le condotte in esame deve rinvenirsi nell’art. 51 c.p.

L’assunto troverebbe conferma in alcune significative differenze che sul piano normativo distinguono il soccorso di necessità da quello doveroso, prima fra tutte l’obbligo di corrispondere al danneggiato un’indennità equitativamente determinata in via giudiziale, previsto all’art. 2045 c.c.

Facendo leva su questa disposizione, e muovendo da una concezione particolarmente ampia di sanzione, riferita ad ogni conseguenza giuridica che l’ordinamento ricollega alla commissione di un illecito, parte della dottrina sostiene che l’art. 2045 c.c. strutturi una vera e propria sanzione civile, con la conseguenza di ritenere che il fatto commesso in stato di necessità, a differenza delle altre cause di giustificazione disciplinate all’interno del codice, escluda l’antigiuridicità solamente penale del fatto, lasciando, invece, inalterata quella extrapenale¹⁰¹.

Ne deriva che la condotta di chi realizza un fatto di reato in adempimento di un dovere non può essere assimilata a quella di chi agisce in stato di necessità non solo in considerazione del carattere doveroso e non meramente facoltativo dell’intervento, ma soprattutto perché il fatto necessitato, a differenza del primo, sarebbe solo penalmente scriminato.

A ben vedere, anche l’impostazione da ultimo considerata non va esente da critiche, nella misura in cui presuppone l’adesione ad una concezione non unitaria di antigiuridicità che, per un verso, potrebbe risultare in contrasto con esigenze di certezza del diritto e, per altro verso, si presta a possibili strumentalizzazioni in favore delle condotte dei pubblici agenti che, con il pretesto di agire in situazioni necessitate, non osservino le norme di diritto pubblico che limitano il loro intervento¹⁰².

99. A tal riguardo cfr. U. Giuliani, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., pp. 23-24.

100. U. Giuliani, *op. cit.*, p. 23.

101. Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 388-389. In tal senso cfr. K. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln, Carl Heymanns, 1983, *passim*, che propende per una ricostruzione frammentata dell’antigiuridicità del fatto.

102. G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 134, in cui l’Autore evidenzia che «Per legittimare comportamenti arbitrari di titolari di pubbliche funzioni, e per svincolarne facoltà e doveri di intervento dai limiti segnati dalle speciali norme di diritto pubblico [...] si è infatti cercato altrove le norme su

Del resto, la stessa indennità prevista dall'art. 2045 c.c. non implica l'illiceità del fatto, ma può ben essere intesa quale conseguente alla realizzazione di un fatto sì dannoso, ma pur sempre lecito, a fronte del quale il legislatore si limita ad apprestare un meccanismo di riequilibrio economico.

Di conseguenza, accedendo ad un concetto unitario di antigiusuridicità e ritenendo che l'applicazione tanto dell'adempimento di un dovere quanto dello stato di necessità determini il difetto di antigiusuridicità del fatto alla luce dell'intero ordinamento giuridico, deve darsi atto della sussistenza di un concorso di cause di giustificazione¹⁰³, nell'ambito del quale la prioritaria applicazione dell'art. 51 c.p. poggia, da un lato, sul carattere doveroso della condotta, che in questi casi sembra indiscutibilmente venire in rilievo, e, dall'altro, sulla considerazione degli effetti maggiormente favorevoli che dall'applicazione di tale scriminante derivano per l'agente.

In definitiva, si ritiene che la riconduzione delle ipotesi di soccorso doveroso al perimetro applicativo della scriminante dell'adempimento di un dovere riesca, da un lato, a garantire l'applicazione di un regime normativo più coerente con il contesto fattuale in cui le condotte considerate si inseriscono e, dall'altro, a soddisfare meglio quegli inderogabili doveri di solidarietà sociale, scolpiti nella Carta costituzionale e ribaditi nelle Convenzioni internazionali, che riconoscono la sussistenza di un vero e proprio dovere di intervento ogniqualvolta venga in gioco la tutela di beni fondamentali della persona.

cui fondare la totale impunità dei pubblici funzionari, o almeno l'assoggettamento solo alle blande sanzioni disciplinari». Sul punto cfr. Id., *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 181 ss.

103. C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, cit., p. 48 ss.