

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2023

LE DECISIONI DI PRIMO E SECONDO GRADO NEL CASO ASSO 28 E IL PROBLEMA INEDITO DELLA QUALIFICAZIONE PENALISTICA DEI RESPINGIMENTI ILLEGITTIMI

di Luca Masera

Abstract: *Prendendo le mosse dall'analisi di una recente vicenda giurisprudenziale, che ha visto in sede di merito la condanna per i reati di abbandono di minori e incapaci e di sbarco arbitrario il comandante di una nave che aveva riportato in Libia i naufraghi soccorsi in acque internazionali, il lavoro affronta l'inedita questione della qualificazione penalistica degli illeciti respingimenti.*

Abstract: *Starting from the analysis of a recent case, which ended with the conviction for the crimes of abandonment of minors and arbitrary disembarkation of the commander of a ship that had brought back to Libya the shipwrecked rescued in international waters, the work deals with the unprecedented question of the criminal qualification of unlawful refoulements.*

LE DECISIONI DI PRIMO E SECONDO GRADO NEL CASO ASSO 28 E IL PROBLEMA INEDITO DELLA QUALIFICAZIONE PENALISTICA DEI RESPINGIMENTI ILLEGITTIMI

di Luca Masera*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti e la decisione di primo grado. – 3. La decisione di secondo grado. – 4. La rilevanza penale degli illeciti respingimenti. – 4.1. Una qualificazione penalistica non adeguata alla gravità del fatto commesso. – 4.2. Il delitto di abbandono di minori o incapaci ex art. 591 c.p. – 4.3. Il delitto di sbarco arbitrario ex art. 1155 cod. nav. – 4.4. Il delitto di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. – 4.5. Il delitto di violenza privata ex art. 610 c.p. – 4.6. Conclusioni: l'opportunità di un intervento legislativo. – 5. Postilla in tema di cause di giustificazione e di concorso di persone nel reato.

1. Premessa

La vicenda qui in commento presenta un notevole interesse per lo studioso del diritto penale dell'immigrazione, in quanto è la prima volta (almeno in anni recenti) in cui i nostri giudici sono stati chiamati a valutare la rilevanza penale di un'ipotesi di illecito respingimento verso la Libia¹.

Se, infatti, a partire dalla storica sentenza *Hirsi*² del 2012 della Grande Camera della Corte EDU, è fuori discussione che sia illegittimo respingere verso la Libia i migranti soccorsi in acque internazionali (dal momento che tale Paese non costituisce un "porto sicuro", e dunque il loro accompagnamento forzato rappresenterebbe una violazione del diritto al *non refoulement* tutelato dall'art. 3 CEDU, e del divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 Prot. 4), sinora non era mai stato affrontato il problema di qualificare in termini penalistici la violazione di tale divieto.

Negli ultimi anni, come noto, l'illiceità dei respingimenti verso la Libia è stata riconosciuta in numerosi provvedimenti giudiziari (penali e non) emessi in sede nazionale: da quelli adottati nei procedimenti (penali ed amministrativi) a carico delle ONG che svolgono attività di *Search and Rescue*, ove proprio l'impossibilità di riportare in Libia i naufraghi soccorsi in acque internazionali costituisce la premessa logica della valutazione di liceità del loro sbarco in Italia³; alla vicenda recentemente conclusasi in Cassazione con il

* Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Brescia.

1. In un lavoro di più di dieci anni orsono di F. Palazzo, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei cd. "respingimenti" in alto mare)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 458 ss.), l'illustre autore faceva riferimento ad un procedimento avviato dalla Procura della Repubblica di Siracusa nei confronti dei funzionari italiani che avevano gestito un episodio di respingimento verso la Libia da parte di una nave della Guardia di finanza: da ricerche svolte nelle banche dati giurisprudenziali e sul *web*, non ci è stato tuttavia possibile ricostruire gli esiti del procedimento.

2. C. eur., GC, *Hirsi Jamaa c. Italia*, n. 27765/09, 23.2.2012.

3. Cfr. per tutti la sentenza di legittimità emessa in sede cautelare in relazione al noto caso di Carola Rackete: Cass., sez. III, 16.1.2020, n. 662, in *Sist. pen.*, 24.2.2020, con nota di S. Zirulia, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*; per una ricostruzione complessiva dei diversi procedimenti avviati nei confronti delle ONG, sia consentito il rinvio a L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *Leg. pen.*, 22.4.2022.

riconoscimento della legittima difesa ai migranti che si erano opposti con la forza al tentativo del capitano della nave *Vos Thalassa* di riportarli sulle coste libiche da cui provenivano⁴.

Prima della decisione in commento, tuttavia, il problema non era mai stato affrontato sotto lo specifico profilo della rilevanza penale di condotte di illecito respingimento. La prassi, dopo il 2012, è stata quella di non respingere più verso la Libia i naufraghi, e la questione in questi anni si è appunto presentata nella prospettiva della giustificazione delle ipotesi di reato (a titolo di favoreggiamento dell'ingresso irregolare) che sarebbero risultate integrate dalla decisione dei soccorritori di portare in Italia, e non in Libia, i naufraghi-migranti provenienti dalle coste africane; oppure, nel caso della *Vos Thalassa*, nella prospettiva della giustificazione della resistenza opposta dai naufraghi al tentativo del capitano della nave di riportarli in Libia.

I giudici napoletani, invece, si trovano di fronte all'inedito problema di individuare le fattispecie incriminatrici applicabili in una situazione in cui un illecito respingimento verso la Libia sia stato effettivamente realizzato; ma la soluzione adottata, per quanto sotto diversi aspetti apprezzabile, non risulta come vedremo del tutto soddisfacente.

2. I fatti e la decisione di primo grado

Il 30 luglio 2018 il comandante di una imbarcazione di appoggio a una piattaforma petrolifera dell'ENI al largo della Libia, la nave ASSO 28, riceve dalla stessa la segnalazione di una piccola imbarcazione con a bordo molte persone, che si trova in difficoltà; dopo avere portato a bordo un funzionario libico (non meglio identificato) che era presente sulla piattaforma, il comandante procede a soccorrere i soggetti presenti sul gommone (all'esito del soccorso, saranno contate 101 persone, tra le quali diversi minori). Dopo avere effettuato il soccorso, in acque internazionali rientranti nell'area SAR (*Search and Rescue*) libica, il comandante, su suggerimento del funzionario libico, senza prima procedere all'identificazione dei naufraghi, si dirige verso la Libia, comunicando la propria decisione alle autorità italiane e libiche solo dopo aver intrapreso il viaggio, che si conclude dopo poche ore con lo sbarco delle persone soccorse nel porto di Tripoli.

Il procedimento di primo grado⁵, che viene celebrato con rito abbreviato nei confronti del comandante della Asso 28⁶, ha ad oggetto i reati di *abuso d'ufficio* (art. 323 c.p.), *abbandono di persone minori o incapaci* (art. 591 c.p.) e *sbarco e abbandono arbitrario di persone* (art. 1155 cod. nav.)

Per quanto concerne il primo capo di imputazione, il GUP ritiene anzitutto sussistente in capo al comandante della nave la qualifica di pubblico ufficiale (la questione è affrontata in

4. Cass., sez. VI, 26.4.2022, n. 15869, in *Sist. pen.*, 28.7.2022, con nota di L. Masera, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*.

5. Tribunale Napoli, 30.12.2021, n. 1643, disponibile nella *Rassegna* di diritto penale del n. 1.2022 di questa *Rivista*; per un primo commento alla decisione del GUP, cfr. C. Pagella, *Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali*, in *Sist. pen.*, 5.9.2022.

6. Il procedimento davanti al GUP vede imputato anche il funzionario della società armatrice che svolgeva il ruolo di «persona designata a terra» (*DPA, Designated Person Ashore*), e con il quale il comandante si era confrontato nella gestione del soccorso: la sentenza esclude tuttavia che tale soggetto abbia svolto alcun ruolo nell'assunzione della decisione da parte del comandante, che avrebbe agito in completa autonomia, limitandosi a comunicare al rappresentante dell'armatore la decisione già assunta.

modo molto succinto, non essendo oggetto di contestazione da parte della difesa⁷), e ritiene altresì che l'imputato abbia violato «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità» (come recita l'art. 323 c.p. in seguito alla riforma del 2020, ovviamente applicabile anche al caso di specie ai sensi del principio di retroattività della normativa più favorevole di cui all'art. 2 co. 4 c.p.). La sentenza motiva al riguardo come sia pacifico ai sensi della normativa di diritto del mare che il comandante di una nave che abbia effettuato un soccorso abbia l'obbligo di coordinarsi prontamente con le autorità marittime competenti, mentre il capitano ha segnalato l'evento ai Centri SAR libici e italiani solo quando la nave era ormai prossima alle coste libiche: già la circostanza che «non vi è stato il dovuto previo contatto con le autorità di collegamento, in violazione delle Convenzioni SOLAS e SAR»⁸, è sufficiente per ritenere integrato il requisito della violazione di legge, posto che «non vi è dubbio sul fatto che l'abuso d'ufficio possa configurarsi anche mediante un'omissione»⁹. La sentenza però non si arresta qui, e «al fine di escludere qualsivoglia dubbio residuo e giungere alla definitiva conclusione che “ciò che doveva essere fatto non è stato fatto”», motiva perché la Libia non possa essere ritenuto un porto sicuro di sbarco per i migranti provenienti dalle sue coste, ritenendo così violate dalla condotta dell'imputato anche le norme su cui si fonda il diritto al *non refoulement* (la sentenza cita l'art. 19 della CDFUE e, in termini generici, la Convenzione SOLAS, senza curiosamente fare cenno alla fondamentale decisione della Corte EDU del 2012 e alla riscontrata violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Prot. 4 che vieta le espulsioni collettive).

Quanto agli elementi dell'*ingiusto vantaggio patrimoniale* o *ingiusto danno* che, ai sensi dall'art. 323 c.p., devono derivare causalmente dalla condotta tenuta in violazione della legge, la pubblica accusa aveva ritenuto consistessero da un lato nel *risparmio economico* che la società armatrice avrebbe conseguito dallo sbarco dei soccorsi nel più vicino porto di Tripoli, rispetto al lungo tragitto che la nave avrebbe dovuto percorrere per arrivare in Italia, con il rischio di venire bloccata poi per diversi giorni da parte delle autorità italiane, come molte volte accaduto in passato¹⁰; e dall'altro nel gravissimo danno cagionato ai migranti respinti verso la Libia, considerate le notorie e terribili condizioni dei Centri libici ove gli stessi vengono detenuti.

Il GUP non condivide la tesi accusatoria, ritenendo *insussistente la prova* di tali elementi costitutivi dell'abuso d'ufficio. È un passaggio centrale della pronuncia, che merita di essere riportato integralmente: «Pur arrivando ad affermare che il vantaggio patrimoniale, estendendone al massimo i confini, possa coincidere con un risparmio di spese, sul punto vi deve essere, quantomeno, certezza assoluta. Tale evidenza nel caso di specie manca del tutto. Manca perché non vi è certezza in ordine alla circostanza che le indicazioni sarebbero state

7. «Non può dubitarsi della rilevanza pubblicistica del ruolo del comandante di una nave nelle ipotesi in cui quest'ultimo effettui un'operazione di soccorso in mare, trattandosi di un accadimento che, sulla base del diritto internazionale marittimo, determina l'insorgenza di specifici obblighi giuridici sia in capo alla Stato di bandiera, che in capo al comandante della nave».

8. P. 22 della sentenza.

9. *Ibidem*.

10. «Secondo la ricostruzione proposta dall'Ufficio di Procura, quello di Tripoli era il porto più vicino alla piattaforma e che consentiva quindi alla Asso 28 una minore deviazione di rotta, senza contare che nel porto di Tripoli, dopo avere sbarcato i migranti, l'equipaggio ha provveduto a caricare materiale per la piattaforma medesima, effettuando quindi uno scalo che si è rivelato in qualche modo anche “funzionale” alle esigenze della società. A ciò va ovviamente aggiunto che l'eventuale trasferimento in Italia o Malta, sotto il coordinamento dei rispettivi Centri di coordinamento e soccorso, avrebbe determinato il probabile “blocco” dell'imbarcazione per giorni, come accaduto in casi analoghi, in attesa delle indicazioni del POS da parte delle autorità competenti, con tutto quello che sarebbe conseguito»: p. 25.

quelle di dirigersi *verso altro porto*, manca perché non vi è certezza in ordine alla circostanza che la nave sarebbe rimasta in attesa (*per ore, giorni, settimane?*) prima di ricevere indicazione di “porto sicuro” ove sbarcare i migranti da parte delle autorità preposte, manca perché non vi è certezza sulla quantificazione del *mancato danno*, non accertato, ma neanche accertabile, manca perché non vi è certezza in ordine all’effettivo accrescimento del patrimonio giuridico del soggetto avvantaggiato. Medesima indeterminatezza, altresì, la si rileva anche *quanto all’altrui danno* in ordine al quale ugualmente non vi è certezza rilevato che, ai dubbi di sopra, vevoli in parte anche per tale aspetto, va ad aggiungersi che non sono stati accertati quali gli effettivi danni patiti da “quei” migranti respinti. Già tale assenza, che peraltro ha provocato una insanabile indeterminatezza e genericità nel capo di imputazione, laddove, si afferma, da un lato, che l’ingiusto vantaggio consiste *nell’aver evitato le perdite economiche connesse alla probabilissima eventualità*, dall’altro che la condotta procurava ai migranti un danno grave *atteso l’elevato rischio di essere li sottoposti a trattamenti inumani e degradanti*, rappresenta un ostacolo insuperabile non rilevando, nel giudizio penale, la “probabilità” o il “rischio”, per i reati di evento quale è il reato di abuso d’ufficio”¹¹.

La motivazione in tema di abuso d’ufficio potrebbe terminare qui, con la riscontrata insussistenza dell’elemento oggettivo del reato (che condurrà in effetti all’assoluzione con la formula perché il fatto non sussiste rispetto a tale imputazione), ma il GUP motiva anche in ordine alla mancanza del dolo intenzionale richiesto dalla norma rispetto alla verifica di uno dei due eventi previsti in via alternativa. «È da escludere che l’obiettivo primario, perseguito dall’imputato, possa coincidere con quello indicato dal p.m. nel capo di imputazione. L’ingiusto vantaggio patrimoniale, oltre che palesemente indeterminato, può al più ritenersi abbia rappresentato per l’imputato un “obiettivo mediato”, quale risultato accessorio della condotta, ma in quanto tale insufficiente; mentre, quanto all’ingiusto danno altrui, ancor di più, da tutto quanto raccolto in fase di indagini, mai è emerso essere uno degli obiettivi, di qualsivoglia rango o natura, del soggetto agente»¹².

Infine, tornando curiosamente al tema del nesso di causalità, e dunque all’elemento oggettivo del reato, dopo aver appena concluso la trattazione di quello soggettivo, la sentenza termina l’analisi del primo capo di imputazione affermando che «per la configurazione del reato di abuso d’ufficio, tra la *violazione e la derivata ingiustizia*, per l’essenza stessa della norma quale reato contro la p.a. a tutela del buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, vi deve essere un nesso di causalità, o in alternativa, il danno deve essere altrimenti ingiusto. Nel caso di specie, non ricorre né l’uno né l’altro caso. La norma violata – a tutela dei diritti umani che nulla ha a che vedere con il bene giuridico tutelato dalla norma richiamata – avrebbe, se del caso, assicurato un vantaggio ingiusto che non rientra nello spettro dei beni tutelati, né il vantaggio può considerarsi in altro modo ingiusto (non essendo *contra ius* un risparmio di spese)»¹³.

A conclusioni diverse giunge invece il GUP in relazione agli altri due capi di imputazione.

In ordine al reato di cui all’art. 591 c.p., la sentenza prende le mosse dal ricordare ancora come la Libia non possa essere considerato un porto sicuro ove sbarcare i soccorsi. Considerata poi come provata (alla stregua di molteplici testimonianze convergenti) la presenza tra i naufraghi di 5 minori e di alcune donne incinte, il GUP prosegue affermando che «il comandante della nave, una volta recuperati in mare i 101 migranti (...), ne ha, proprio a seguito del recupero in mare, “automaticamente” assunto la custodia. Ciononostante, però,

11. P. 26, corsivi nel testo.

12. P. 27.

13. P. 28.

(...) non ha neanche provveduto a verificare, una volta sbarcati a Tripoli, in quali condizioni, dove e a chi venivano affidati (quanto meno) i cinque minori e le donne in stato di gravidanza di cui, si ripete, aveva la “custodia”»¹⁴. Tale condotta integra secondo la sentenza gli estremi dell’elemento oggettivo del reato di abbandono di minori o incapaci, che in quanto reato di pericolo non richiede la prova di un effettivo danno subito dalle persone offese; mentre in ordine all’elemento soggettivo, «è sufficiente il dolo generico che consiste nella semplice consapevolezza dell’abbandono di persone minori o incapaci nella coscienza di abbandonare il soggetto passivo, che non ha la capacità di provvedere a se stesso senza che occorra un particolare malanimo da parte del reo e può anche assumere, come nel caso di specie, la forma del dolo eventuale»¹⁵. Quanto poi all’obiezione difensiva, per cui, anche qualora l’imputato avesse allertato tempestivamente le autorità competenti, avrebbe comunque potuto ricevere l’indicazione di recarsi in Libia, «va detto che comunque residuava un dovere di cura e custodia in capo al comandante nei confronti dei minori e delle persone incapaci di provvedere a sé che gli imponeva di verificare e controllare, quanto meno, a chi dati in affidamento e se agli stessi venivano assicurate le cure necessarie dopo giorni di navigazioni in condizioni disumane»¹⁶.

Il comandante viene anche condannato per il reato di cui all’art. 1155 cod. nav. (sbarco e abbandono arbitrario di persone): con motivazione molto sintetica, secondo la sentenza «l’indicazione dello sbarco dei migranti nel porto di Tripoli non è giunta da nessuna delle autorità istituzionalmente competenti (Centro di coordinamento e soccorso di Tripoli o Roma) e il mancato coordinamento, dimostrato con innegabile evidenza, suffraga e corrobora che lo sbarco sia avvenuto arbitrariamente»¹⁷.

3. La decisione di secondo grado

La sentenza del GUP napoletano viene impugnata dal solo imputato, in relazione alla condanna per i reati *ex art.* 591 c.p. e 1155 cod. nav., mentre la Procura non propone appello rispetto all’assoluzione dall’abuso di ufficio, che diventa così definitiva; il giudizio d’appello ha quindi ad oggetto solo i reati per cui in primo grado era stata pronunciata sentenza di condanna¹⁸.

La Corte d’appello respinge tutti i motivi di ricorso, avvalendosi nella stesura della motivazione del “richiamo *per relationem*” alla decisione di primo grado, di cui vengono condivisi tutti i passaggi logici essenziali, senza che emergano profili di sostanziale novità.

Per quanto riguarda l’elemento oggettivo dei reati in questione, alla difesa che argomentava per cui il capitano avrebbe agito in conformità ai propri obblighi, avendo seguito le indicazioni fornitegli dal funzionario libico sbarcato dalla piattaforma, la sentenza replica che «l’imputato contravveniva ai suoi obblighi di capitano non adempiendo alle prescrizioni impostegli di identificazione, di controllo delle condizioni di salute dei passeggeri e di contatto per le operazioni di sbarco, ed ai suoi obblighi di tutela dei migranti, avendo assunto la custodia in particolare dei soggetti più vulnerabili ed incapaci di

14. P. 29.

15. P. 30.

16. *Ibidem*.

17. P. 32.

18. Corte d’appello di Napoli, 1.2.2023, disponibile nella *Rassegna* di diritto penale di questo numero della *Rivista*; per un commento alla decisione di secondo grado, cfr. C. Pagella, *Caso Asso 28: la Corte d’appello conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche*, in *Sist. pen.* 8.5.2023.

provvedere a loro stessi, abbandonandoli in un porto non sicuro»¹⁹; per quanto concerne invece l'elemento soggettivo, «risulta pienamente provato il dolo generico di entrambe le figure di reato in esame. In particolare, con riferimento al reato di cui all'art. 591 c.p., trattandosi di un reato di pericolo, era sufficiente il dolo eventuale, ovvero che il soggetto agente, pur essendosi rappresentato, come conseguenza del proprio comportamento, la concreta possibilità del verificarsi di uno stato di abbandono dei soggetti passivi, in grado di determinare un pericolo anche solo potenziale per la vita e l'incolumità fisica di questi ultimi, persisteva nella sua condotta accettando il rischio che l'evento dannoso o pericoloso si verificasse»²⁰.

Merita poi un cenno la risposta della Corte all'invocata applicazione dell'art. 51 c.p., in ragione dell'aver adempiuto all'ordine dell'autorità libica, rappresentata dal funzionario libico sbarcato dalla piattaforma. Secondo la Corte d'appello, «il funzionario libico (non identificato durante le operazioni di sbarco) non era un superiore gerarchico, e si presentava come interlocutore con le autorità di Tripoli, proveniente dalla piattaforma petrolifera (...) con cui l'Asso 28 lavorava. Dunque, l'ufficiale libico non poteva essere considerato un'autorità gerarchicamente sovraordinata, né tantomeno proveniente da una nave da guerra nazionale; inoltre, l'Asso 28 si trovava anche in acque internazionali. Pertanto, non sussisteva un ordine legittimo emanato da una Pubblica autorità superiore ai sensi dell'art. 51 c.p. Né, d'altra parte, sussistono i presupposti di cui all'art. 59 co. 4 c.p., tenuto conto del fatto che l'appellante non ha neanche proceduto alla identificazione del presunto ufficiale libico salito a bordo della sua nave»²¹.

4. La rilevanza penale degli illeciti respingimenti

4.1. Una qualificazione penalistica non adeguata alla gravità del fatto commesso

Le due decisioni in commento hanno ad oggetto una vicenda molto grave, cui non viene fornita a nostro avviso una risposta adeguata a dare conto in termini penalistici del disvalore che la connota.

La prassi del respingimento verso la Libia delle imbarcazioni provenienti dalle sue coste è stata dichiarata illegittima dalla Corte EDU ormai più di dieci anni fa, e non può che destare sconcerto leggere del comandante di una nave italiana che, senza neppure contattare le autorità competenti, procede a riportare verso l'inferno dei campi di detenzione libici 101 persone che da quell'inferno erano riuscite ad allontanarsi.

Il dato di fondo che lascia perplessi nelle decisioni in commento è proprio la sensazione che i giudici non abbiano tenuto conto come avrebbero dovuto della gravità della situazione dei campi di detenzione per migranti in Libia, che perdura da ormai molti anni. Dopo la guerra del 2011, la Libia è per gli stranieri (specie sub-sahariani) che cercano di raggiungere l'Europa un luogo ove la violenza e lo sfruttamento più estremi sono l'assoluta normalità²².

19. P. 8.

20. *Ibidem*.

21. P. 9.

22. Il materiale reperibile in rete sulla tragica situazione dei migranti in Libia è ormai davvero sterminato: cfr. per tutti, già nel 2018, il rapporto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani dal titolo significativo *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, e da ultimo il report presentato nel marzo 2023 allo *Human Rights Council* presso le Nazioni unite da parte della *Independent Fact-Finding Mission on Libya*, ove un'ampia parte è dedicata proprio alla tragica situazione dei campi di detenzione per migranti.

Ormai sono numerose, e risalenti negli anni, le decisioni anche di legittimità che hanno accertato l'assoluta ed eccezionale gravità delle condizioni dei campi ove vengono detenuti coloro che sono in attesa di poter partire verso l'Europa²³; e la sistematicità delle violazioni è di tale gravità, che la Corte penale internazionale ha di recente adottato dei mandati di cattura per crimini contro l'umanità nei confronti di diversi soggetti ritenuti a vario titolo responsabili della gestione dei campi di tortura libici²⁴.

Quando si legge, nella sentenza di primo grado, che non vi è prova sufficiente del danno che le persone soccorse hanno subito in seguito al loro illegittimo respingimento, questa realtà è come se diventasse evanescente, o perlomeno insignificante in un'aula di giustizia, nonostante tutte le decisioni che ne hanno attestato la rilevanza anche in sede giudiziaria.

In effetti, la scelta di non ritenere sussistente l'abuso d'ufficio (per ragioni, come vedremo, a nostro avviso tutt'altro che irresistibili) ha fatto sì che la pur ritenuta illegittimità della scelta dell'imputato di riportare i soccorsi in Libia abbia portato ad una qualificazione in termini penalistici della vicenda che non può che lasciare insoddisfatti.

4.2. *Il delitto di abbandono di minori o incapaci ex art. 591 c.p.*

Le due sentenze hanno ritenuto anzitutto sussistente il delitto di abbandono di persone minori o incapaci, in relazione ai minori ed alle donne incinte la cui presenza tra le persone soccorse risultava attestata da una pluralità di testimonianze convergenti. Non vediamo particolari aspetti problematici rispetto alla motivazione adottata tanto in tema di elemento oggettivo del reato (il capitano ha assunto con l'effettuazione del soccorso una posizione di garanzia nei confronti dei naufraghi, e la scelta di riportarli in Libia ha esposto le persone offese al concreto rischio di danni per la propria incolumità fisica) che di elemento soggettivo (l'imputato era consapevole del rischio cui esponeva le persone offese, ed è rimproverabile quantomeno a titolo di dolo eventuale).

L'unico passaggio della decisione che ci pare discutibile, anche perché privo di espressa motivazione, è quello in cui vengono annoverate tra le persone offese dal reato non solo i minori, ma anche le donne incinte. Si tratta, a quanto risulta da una rassegna delle principali raccolte di giurisprudenza, del primo caso in cui il reato viene configurato in danno di una

23. Il procedimento più noto è quello celebrato in primo grado presso la Corte d'assise di Milano, che ha visto la condanna all'ergastolo (confermata dalla Cassazione) di un cittadino somalo giunto in Italia e riconosciuto da diversi connazionali come autore di atroci torture e omicidi nel campo libico di Bani Walid: cfr. Corte ass. Milano, 10.10.2017, in *Dir. pen. cont.*, 16.4.2018, 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* (la sentenza è stata anche oggetto di una monografia a cura di M. Veglio dal titolo *L'attualità del male - La Libia dei lager è verità processuale*, Torino, Edizioni SEB27, 2018); Corte ass. app. Milano, 20.3.2019, con nota G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in questa *Rivista*, n. 1.2021; Cass., sez. I, 4.3.2021, n. 8861, inedita. Per altre decisioni di condanna di torturatori operanti nei lager libici, cfr. GIP Messina, 18.5.2020, in *Sist. pen.*, 2.10.2020, con nota di G. Mentasti *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, e Corte ass. Agrigento, 12.6.2018, inedita.

24. La notizia dell'emissione di quattro mandati di cattura da parte della CPI in relazione ai crimini commessi nei confronti dei migranti in Libia è del 12 maggio 2023; sulla questione della configurabilità di crimini internazionali rispetto alle vicende libiche, cfr. in particolare la comunicazione presentata alla Procura presso la CPI da due tra le più autorevoli ONG internazionali a difesa dei diritti umani, lo *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)* e la *Fédération internationale pour les droits humains (FIDH)*, insieme ad una ONG libica, la *Lawyers for Justice in Libya*, dal titolo *No Way Out: Migrants and Refugees Trapped in Libya Face Crimes Against Humanity* (per un commento al testo, cfr. G. Crippa, *Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 15 Statuto di Roma sollecita il Procuratore all'apertura di indagini per crimini contro l'umanità e crimini di guerra di fronte alla Corte penale internazionale*, in *Sist. pen.*, 23.12.2021).

donna incinta, ritenuta incapace in ragione del suo stato di gravidanza²⁵. Come già messo in luce nel primo commento “a caldo” della sentenza di primo grado, ci pare in effetti una qualificazione poco persuasiva, considerato come lo stato di incapacità venga solitamente inteso dalla giurisprudenza in senso molto rigoroso, quale necessità di assistenza per le attività più elementari come muoversi o nutrirsi, e difficilmente possa essere riconosciuto alle donne incinte, a meno che non vengano accertati particolari elementi di vulnerabilità, ulteriori rispetto al solo puerperio (elementi non emersi nella vicenda in esame)²⁶.

Al di là di questo aspetto – peraltro non decisivo ai fini della sussistenza del reato nel caso di specie, posta la sicura presenza tra i soggetti soccorsi di minori infraquattordicenni, che inequivocabilmente rientrano tra le persone offese dell’art. 591 c.p. – la qualificazione ci pare corretta, ed anche idonea da un punto di vista del trattamento sanzionatorio a cogliere il disvalore del respingimento, essendo prevista la pena massima di cinque anni di reclusione²⁷. E tuttavia, si tratta di una norma che implica la penale rilevanza del solo respingimento dei minori (e di eventuali altri soggetti incapaci), e dunque non è applicabile in generale agli illeciti respingimenti, ma solo al respingimento di alcune categorie di soggetti, quando le norme internazionali in tema di *non refoulement* sono invece inequivoche nell’affermare il divieto del respingimento verso destinazioni non sicure di *chiunque*, anche di colui che sia privo di alcuno specifico elemento di vulnerabilità. Insomma, se nel caso di specie la presenza di minori tra i respinti ha consentito l’applicazione della norma codicistica, essa non può comunque esaurire la risposta penalistica al fenomeno degli illeciti respingimenti, posto che altrimenti si arriverebbe alla inammissibile conclusione che è sì penalmente illecito il respingimento dei minori (e forse delle donne incinte), ma non quello dei maggiorenni in buona salute.

4.3. *Il delitto di sbarco arbitrario ex art. 1155 cod. nav.*

L’unico reato che le sentenze in commento hanno ritenuto applicabile al respingimento di soggetti non incapaci è il delitto di «sbarco e abbandono arbitrario di persone» cui all’art. 1155 cod. nav., che punisce con la reclusione da *sei mesi a tre anni* e con la multa da euro 103 a 309 «il comandante della nave o dell’aeromobile, che, fuori del territorio nazionale, *arbitrariamente sbarca un componente dell’equipaggio o un passeggero*, ovvero li abbandona impedendone il ritorno a bordo o anticipando la partenza della nave o dell’aeromobile»; il reato è accertato nella forma aggravata prevista al secondo comma, per cui la pena non può essere inferiore ad un anno «se la persona sbarcata o abbandonata è priva dei mezzi

25. Cfr. per tutti F. Basile, *Art. 591*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V ed., 2021, vol. III, p. 1291: in relazione alla clausola per cui l’incapacità può derivare, oltre che da una malattia di mente o di corpo o da vecchiaia, anche da «altra causa», si specifica che «sinora non risulta alcun caso in cui l’art. 591 sia stato applicato in relazione a soggetto passivo che non fosse minore degli anni quattordici, o malato, o vecchio».

26. Cfr. C. Pagella, *Sulla rilevanza penale*, cit., p. 7.

27. In realtà, l’entità della pena inflitta nel caso concreto per tale reato è molto modesta (un anno di reclusione), e desta qualche perplessità posto che il giudice di primo grado, che pure non riconosce all’imputato le circostanze attenuanti generiche, non spiega le ragioni per cui decide di attestarsi su una pena prossima al minimo edittale, quando la condotta dell’imputato ha esposto le persone offese ad un gravissimo pericolo per la loro incolumità fisica, e quindi, almeno da un punto di vista oggettivo, pareva prossima piuttosto al livello massimo, e non a quello minimo, di concreta offensività del fatto.

necessari alla sussistenza o al ritorno in patria»²⁸, mentre il capo di imputazione non fa cenno alla circostanza del terzo comma (per cui «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»).

Abbiamo visto sopra come sia assai limitato lo spazio che le sentenze dedicano al reato in esame. La sentenza di primo grado si limita a constatare come lo sbarco in Libia dei soccorsi possa reputarsi “arbitrario”, come richiesto dalla norma incriminatrice, posto che lo stesso è contrario al diritto internazionale del mare, per le ragioni già evidenziate sopra; mentre la Corte d’appello non vi dedica alcuna specifica considerazione.

In effetti, una volta accertata l’illegittimità della scelta di sbarcare in Libia i soccorsi, pochi dubbi possono sussistere in ordine all’integrazione degli estremi oggettivi e soggettivi del reato, che ben si presta quindi ad inquadrare in termini penalistici le ipotesi di illecito respingimento: anche il *nomen iuris* («sbarco arbitrario») sembra “fotografare” in modo adeguato il disvalore insito nella condotta del comandante che arbitrariamente conduce taluno verso una destinazione a lui non gradita.

Se dunque la descrizione del fatto tipico pare idonea a sussumere le ipotesi che ci interessano, è la *cornice edittale* a lasciare perplessi, considerando la gravità dell’episodio oggetto delle due sentenze. Più di cento persone, che secondo il diritto internazionale avevano diritto ad essere sbarcate sulle coste europee, sono state illegalmente riportate verso una destinazione ove certamente sono andate incontro a torture e violenze: ci pare difficile ritenere soddisfacente che la risposta dell’ordinamento penale sia affidata ad una fattispecie che, anche nell’ipotesi aggravata per cui vi è stata condanna, prevede una pena massima di tre anni di reclusione. Poco più di un reato bagatellare, a fronte di decine di esistenze cui è stato cagionato un danno di enorme gravità.

Le ragioni di un trattamento sanzionatorio così lieve emergono in modo nitido in uno dei pochissimi contributi (per la verità assai risalente) che siamo riusciti a reperire sulla norma in esame ²⁹. L’oggetto di tutela della fattispecie è soltanto la libertà di autodeterminazione dei passeggeri, che si vedono sbarcare in un territorio diverso da quello ove legittimamente intendevano recarsi³⁰, mentre non vengono presi in considerazione gli eventuali pericoli per l’incolumità cui lo sbarco arbitrario li espone, dal momento che «per la sussistenza del reato non occorre che l’abbandono sia tale da determinare un pericolo per l’incolumità personale, essendo sufficiente che il soggetto passivo si trovi arbitrariamente sbarcato»³¹.

La norma risale in effetti ad un’epoca (il codice della navigazione come noto è del 1942) in cui il diritto al *non refoulement* era lontano dall’aver lo statuto di cui gode attualmente, e lo scenario cui avevano pensato i redattori era quello di un comandante che sbarca arbitrariamente i passeggeri in un luogo diverso da quello concordato, non certo la situazione oggetto delle sentenze in commento, con il respingimento dei naufraghi verso terribili campi di detenzione. Insomma, la disposizione in commento non è stata pensata ponendo mente al tema del *refoulement* verso Paesi ove i respinti sono esposti a gravi

28. La sentenza di primo grado si limita al riguardo ad affermare che «sulla circostanza aggravante contestata, ovvero che fossero *passaggeri* privi di mezzi di sussistenza, non vi è neanche la necessità di soffermarsi ad argomentare»; quanto poi alla determinazione della pena, il reato in esame è considerato in continuazione con l’abbandono di incapaci, e il giudice applica l’aumento di pena (sei mesi) per il reato, senza specificare il *quantum* di sanzione imputabile alla circostanza del secondo comma.

29. F. Lazzaro, *I delitti contro la persona nel diritto penale della navigazione*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, p. 106 ss.

30. «Oggetto giuridico di tale incriminazione è la libertà individuale che deve essere tutelata dagli arbitri del comandante»: p. 111.

31. *Ibidem*.

pericoli per la loro incolumità, ma è finalizzata solo a tutelare la libertà individuale dei passeggeri nella scelta della destinazione di sbarco. Nello stabilire la cornice edittale, di conseguenza, il legislatore non ha tenuto conto di quel pericolo per la vita e l'incolumità individuale dei passeggeri, che sta invece proprio a fondamento dell'attuale disciplina in materia di *non refoulement*: ecco perché tale reato non ci pare possa rappresentare una qualificazione penalistica idonea a esprimere compiutamente il disvalore del fenomeno dei respingimenti illeciti.

4.4. *Il delitto di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p.*

Proprio nel tentativo di dare rilievo in termini penalistici al danno ingiusto cagionato dall'imputato alle persone offese, la pubblica accusa aveva contestato anche l'abuso d'ufficio, di cui tuttavia la sentenza di primo grado non ha ritenuto sussistenti gli estremi. Di seguito indicheremo le ragioni per cui la motivazione sul punto non ci convince, cercando altresì di sviluppare alcune considerazioni di carattere generale in ordine all'idoneità di tale fattispecie a rappresentare la più corretta qualificazione penalistica degli illeciti respingimenti.

A) L'elemento della *violazione di legge*, che solitamente risulta di più difficile accertamento, specie alla luce delle modifiche all'art. 323 c.p. introdotte nel 2020, non ha rappresentato un ostacolo nel caso ora allo studio. La sentenza ha ricostruito la pluralità di fonti nazionali ed internazionali che, secondo un indirizzo ormai stabilmente consolidato, vietavano senza margine di dubbio al comandante di riportare i soccorsi verso un Paese ove non era garantito il rispetto dei loro diritti fondamentali, senza neppure avere prima contattato le autorità competenti: il primo, significativo nucleo di illiceità della fattispecie – rappresentato dalla «violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità» – risulta pienamente integrato dalla condotta del comandante.

B) Come abbiamo visto sopra, l'elemento della fattispecie oggettiva di cui non viene ritenuta accertata la sussistenza è l'*evento* che deve alternativamente derivare dalla condotta illecita: il *danno ingiusto* ad altri o l'*ingiusto vantaggio patrimoniale*. Partiamo dalla motivazione relativa alla mancata prova del *danno* subito dai respinti, che ai nostri fini risulta di maggiore interesse rispetto a quella relativa al vantaggio patrimoniale, posto che proprio il danno cagionato ai passeggeri rappresenta l'elemento tipico degli illeciti respingimenti, che non viene preso in considerazione dalla fattispecie del codice della navigazione analizzata sopra. La sentenza ritiene non vi sia evidenza che "quei" soggetti abbiano effettivamente patito dei danni in seguito al ritorno in Libia, e reputa che l'elevato rischio di subire trattamenti inumani e degradanti non sia sufficiente ad integrare l'evento costitutivo dell'abuso d'ufficio.

Si tratta, come già accennato sopra, della parte della motivazione che meno ci convince, in quanto a nostro avviso evidenzia una mancata conoscenza della gravità della situazione dei migranti in Libia. Alla luce di quanto conosciamo ormai da anni in ordine ai Centri di detenzione in Libia, è *ragionevolmente certo* che i 101 respinti, una volta sbarcati, siano stati sottoposti a violazioni dei propri diritti fondamentali; ovviamente, non conoscendo la loro identità, non possiamo sapere il loro esatto destino, ma che essi abbiano subito un danno dal respingimento è una certezza, non un'illusione. A maggior ragione la prova del danno è

evidente, se lo stesso non viene identificato solo nelle violazioni dei diritti cui il ritorno ha esposto i respinti, ma anche nel mancato accesso alla richiesta di protezione internazionale, cui gli stessi avrebbero avuto diritto se fossero stati condotti in Italia. La violazione del diritto internazionale di cui si è reso responsabile il comandante ha quindi sicuramente cagionato un danno ai respinti, tanto sotto il profilo delle sicure violenze cui essi sono andati incontro in Libia, quanto (e forse ancora di più) per avere precluso loro l'opportunità di giungere in Italia. Per questo, in primo luogo, non ci convince la conclusione della sentenza: se correttamente intesa la nozione di danno rilevante ai sensi dell'abuso d'ufficio, i fatti oggetto di accertamento non consentivano solo di provare la probabilità che si verificasse un danno, ma garantivano la certezza processuale che un danno ingiusto si era verificato, e negare tale conclusione significa disconoscere quale sia la situazione dei campi di tortura libici.

Piuttosto, rimane sullo sfondo della motivazione quello che rappresenta il vero elemento di incertezza che residuava all'esito dell'istruttoria: non tanto la sussistenza di un danno ingiusto, quanto l'*identificazione delle vittime* della condotta delittuosa, e di conseguenza la *precisa determinazione* dei danni dalla stessa cagionati.

In effetti, quando la sentenza scrive che è impossibile stabilire il danno patito da "quei" soggetti respinti, pare evocare proprio la questione della mancata identificazione delle vittime. Anche reputando come accertata la gravità della situazione in Libia, come si può ritenere provato un danno se non sappiamo chi sono i 101 respinti, e cosa ne è stato di loro una volta sbarcati in Libia? A questo ragionamento pare alludere l'uso delle virgolette fatto dall'estensore della sentenza, ma è un ragionamento che non ci pare possa essere condiviso.

La circostanza che non sia possibile indicare nome e cognome delle vittime, perché esse non sono state identificate, non significa affatto, come sembra invece desumersi dal tenore della sentenza, che vi sia incertezza circa il fatto che delle vittime vi siano state, e un danno sia stato cagionato.

Mutatis mutandis, è la stessa situazione che si era presentata alla Corte d'assise di Milano nel celebre processo che ha portato alla condanna all'ergastolo (confermata dalla Cassazione) di un cittadino somalo che, una volta giunto in Italia, era stato riconosciuto da alcuni connazionali come autore di atroci violenze e omicidi quando svolgeva il ruolo di "guardiano" di uno dei campi di detenzione presenti in Libia³². Benché i testimoni dei reati compiuti dall'imputato non fossero stati in grado di condurre all'identificazione di molte delle sue vittime, i giudici milanesi avevano comunque ritenuto accertati tali delitti, chiarendo che la mancata identificazione delle vittime non impediva la condanna per quei reati (omicidi, lesioni personali, violenze sessuali, torture), che i testimoni concordemente avevano riferito essere stati da lui compiuti.

Diversamente dal caso milanese, in verità, nella vicenda ora in esame la mancata identificazione delle vittime ha anche comportato, come già evidenziato sopra, l'impossibilità di determinare con precisione le concrete vicende cui esse sono andate incontro in seguito al loro ritorno in Libia, e quindi se esse siano state o meno vittima di condotte integranti specifiche figure delittuose. Sicuramente non è una differenza trascurabile: un conto è avere accertato oltre ogni ragionevole dubbio la commissione di specifici reati da parte dell'imputato, anche se rimane ignota l'identità delle vittime; altro è sostenere che hanno subito un danno ad opera della condotta dell'imputato delle persone non solo ignote, ma di cui sono pure ignote le vicende cui sono andate incontro.

32. Il riferimento è alla vicenda già citata *supra*, nota 23.

In realtà, si tratta di differenze che trovano spiegazione nella diversità dei reati contestati nei due casi, ma che non inficiano la somiglianza tra le due vicende in ordine al problema dell'identificazione delle vittime. Nel processo milanese, erano contestati reati contro la persona, che richiedono l'accertamento dello specifico evento lesivo descritto dalla singola norma incriminatrice (la morte per l'omicidio, la malattia per le lesioni personali, la costrizione all'atto sessuale per la violenza sessuale, ecc.); nel caso che ci interessa, si tratta di un reato contro la Pubblica amministrazione, ed il danno ad altri che costituisce l'evento del reato è rilevante quale che ne sia la natura, all'unica condizione che sia ingiusto (al punto che, come visto sopra, poteva consistere anche solo nel mancato accesso alla richiesta di protezione determinato dall'illecito respingimento). Ciò che rileva, ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna, è l'accertamento di tutti gli estremi del fatto tipico, anche se l'identità delle vittime rimane incerta. Nel processo qui allo studio, un danno ingiusto era stato provato, così come nel processo milanese erano state provate le violenze e gli omicidi; e come nel processo milanese, così in quello ora in esame la mancata identificazione delle vittime non avrebbe dovuto costituire un ostacolo per la condanna.

Non vogliamo con ciò sottovalutare la problematicità del tema della mancata identificazione della vittima, che si è posto anche in contesti molto diversi dal diritto penale dell'immigrazione, e che risulta in dottrina tutt'altro che pacifico. Già in altra sede ci siamo lungamente soffermati sulla questione, argomentando perché la mancata individuazione univoca della vittima non possa di per sé sola condurre all'assoluzione dell'imputato, quando a tale incertezza non si accompagni alcun ragionevole dubbio in ordine alla commissione del reato³³.

Senza dilungarci oltre su un tema complesso e il cui approfondimento non è possibile sviluppare in queste brevi note, è però il caso di sottolineare come tale tematica sia decisiva nella prospettiva di valutare in termini generali se l'abuso d'ufficio rappresenti una adeguata qualificazione penalistica degli illeciti respingimenti. La mancata identificazione dei respinti, e la conseguente impossibilità di accertare il loro destino una volta sbarcati, è, infatti, una caratteristica costante in questo genere di situazioni, e se si consolidasse in futuro l'orientamento della sentenza qui in commento, per cui non può considerarsi provato un danno ingiusto a meno di accertare le concrete condizioni in cui si sono trovati i respinti a seguito dello sbarco arbitrario, la possibilità di vedere accertato tale elemento del reato si ridurrebbe in sostanza a poco più di un'ipotesi di scuola.

La soluzione della sentenza sul punto ci pare dunque, per concludere, davvero poco ragionevole. Invece di costituire un ulteriore elemento di rimprovero dell'operato del comandante, la mancata identificazione delle vittime diventa lo strumento per impedire l'accertamento del danno ad altri, conducendo così all'assoluzione dell'imputato dall'abuso d'ufficio. Se in futuro si ripresenteranno procedimenti aventi ad oggetto illeciti respingimenti, il nostro augurio è che venga dedicata alla questione maggiore attenzione

33. Al tema della possibilità di pervenire, nel settore delle malattie derivanti da esposizione a sostanze tossiche, a condanne per omicidio anche in mancanza di un'individuazione univoca delle persone offese, quando sussista l'evidenza epidemiologica che un certo numero di morti tra gli esposti è attribuibile con certezza all'azione della sostanza, è dedicata la monografia L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica – Gestione del dubbio e profili causali*, 2007 (e più di recente *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale – Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 343 ss. e *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica – Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Quest. giust.*, 10.3.2017); a sostegno della tesi della non necessità di una identificazione univoca delle vittime, sempre nel settore dell'esposizione a sostanze tossiche, cfr. anche le interessanti considerazioni di S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, 2018, p. 284 ss.

rispetto ai fugaci cenni contenuti nella decisione in commento, e che la giurisprudenza possa rivedere un indirizzo che realizza l'oggettivo risultato di premiare in termini di impunità (almeno dal reato ora in esame) le più gravi condotte di respingimento ove l'imputato non abbia neppure proceduto all'identificazione dei respinti.

C) Molto opinabile risulta anche l'argomentazione della sentenza in ordine all'esclusione dell'evento dell'*ingiusto vantaggio patrimoniale*, di cui, come si ricorderà, non si ritiene raggiunta la prova posto che, non sapendo a quale porto europeo la nave sarebbe stata indirizzata qualora avesse contattato le autorità competenti, e quanto tempo avrebbero comportato le operazioni di sbarco, è impossibile calcolare il risparmio di spesa (in cui secondo l'accusa consisteva l'ingiusto vantaggio patrimoniale) che l'armatore ha ottenuto dal rapido sbarco dei soccorsi sulle vicine coste libiche. Ricorre ancora in sostanza l'argomento, già analizzato sopra, dell'accertamento troppo generico dell'evento, che non può bastare per una pronuncia di condanna, posto che il *quantum* del vantaggio non solo non è determinato, ma non è neppure determinabile, non essendo possibile ricostruire in termini esatti cosa sarebbe successo qualora il comandante si fosse attenuto alla procedura corretta.

L'errore concettuale in cui cade la sentenza è quello di derivare dall'impossibilità di una descrizione precisa dell'evento (in questo caso, l'impossibilità di quantificare il risparmio di spesa in cui si sostanzia l'ingiusto vantaggio) l'impossibilità di ritenere accertato l'evento stesso. In realtà, nessun elemento della fattispecie tipica dell'abuso d'ufficio impedisce di condannare se non è possibile quantificare l'ingiusto vantaggio: il dato decisivo è che vi sia la prova oltre ogni ragionevole che la condotta illecita dell'imputato abbia cagionato a sé o ad altri un ingiusto vantaggio (patrimoniale), ma se il vantaggio è certo, anche se non quantificabile in termini precisi, nulla impedisce di pervenire all'affermazione di responsabilità penale³⁴.

Ora, nel caso di specie, certamente era impossibile quantificare il risparmio di spesa per l'armatore derivato dalla scelta del comandante di sbarcare rapidamente i soccorsi in Libia, ma era altrettanto certo che tale scelta avesse evitato all'armatore le spese (di importo indefinito, ma comunque tutt'altro che trascurabile) derivanti dal viaggio di andata e ritorno verso le coste italiane, oltre a quelle necessarie per sostituire Asso 28 nel periodo di sua assenza. L'ingiusto vantaggio, quindi, era certo, benché indeterminato nel suo ammontare: sicché anche in questo caso la scelta di ritenere non provato tale elemento del reato non ci pare fondata su convincenti basi logiche.

D) Benché l'esclusione della responsabilità per l'abuso d'ufficio derivi dal mancato accertamento dell'elemento oggettivo del reato, la sentenza si sofferma comunque, quasi come *obiter dictum*, sulla sussistenza dell'elemento soggettivo, ritenendo che non fosse configurabile in capo al comandante il *dolo intenzionale* richiesto dall'art. 323 c.p.: per quanto riguarda l'evento-vantaggio, «può al più ritenersi esso abbia rappresentato per l'imputato un "obiettivo mediato", quale risultato accessorio della condotta»; mentre, in ordine all'evento-danno, non risulta dal materiale probatorio raccolto che vi fosse alcuna ragione per cui il comandante potesse avere interesse a cagionare un danno ai soggetti soccorsi.

34. Cfr. sul punto, quasi un secolo fa, le splendide parole di uno dei grandi Maestri del diritto penale, P. Saraceno, *La decisione sul fatto incerto in diritto penale*, 1940, p. 280: «Non bisogna confondere la specificità con la certezza (...) La certezza può esservi su una proposizione generica; e la genericità nulla toglie al grado della certezza (...) In ogni certezza vi è sempre un grado di indeterminazione, ma questa indeterminazione non inficia la certezza medesima».

Proprio l'accertamento del dolo intenzionale rappresenta in effetti, a nostro parere, l'elemento di maggiore difficoltà rispetto alla generale configurabilità dell'abuso d'ufficio nelle ipotesi di illecito respingimento. Solitamente, infatti, l'autore del respingimento non conosce i soggetti respinti, ed è dunque difficile immaginare che la sua azione sia motivata dal precipuo intento di nuocere loro. Al più sarà contestabile un dolo diretto, considerata la rappresentazione in termini di certezza del danno che agli stessi si va a provocare respingendoli verso uno Stato ove sono esposti a trattamenti inumani e degradanti (circostanza che, giova ribadirlo, risulta necessaria perché il respingimento si configuri come illegittimo)³⁵. Ma salvo immaginare un comandante razzista che agisca per ragioni ideologiche, al precipuo scopo di impedire ai respinti l'esercizio dei loro diritti fondamentali nel Paese ove dovrebbe condurli in ossequio al principio di *non refoulement*, in una situazione "ordinaria" di illecito respingimento ci pare difficile sostenere che il danno ai respinti sia oggetto di dolo intenzionale da parte dell'autore del respingimento.

Risulterà dunque per lo più decisiva, per poter accertare l'elemento soggettivo del reato, l'indagine circa le ragioni che hanno portato il comandante all'illecito respingimento, al fine di valutare se esso sia o meno addebitabile all'intenzione di ricavarne un illecito vantaggio patrimoniale (per sé o per altri). Nel caso ora allo studio, il tema è stato soltanto sfiorato, anche perché l'esclusione della stessa sussistenza oggettiva di un accertato vantaggio ingiusto rendeva superflua la motivazione circa l'elemento soggettivo. Ma se il risparmio economico era per il comandante solo un "obiettivo mediato", quale sarebbe stata la ragione primaria, quale lo scopo che l'imputato intendeva perseguire con la scelta di sbarcare in Libia invece che in Italia i soccorsi? La sentenza non propone alcuna soluzione a tale interrogativo, né dagli elementi di fatto ricostruiti nella sentenza emerge alcunché al riguardo.

In termini generali, tuttavia, la ricostruzione del percorso deliberativo dell'autore del respingimento rappresenta il passaggio difficile, ma necessario per poter ritenere accertato il dolo intenzionale richiesto dalla norma di cui all'art. 323 c.p. Infatti, per concludere, la circostanza che il comandante fosse consapevole del danno che con la propria condotta illecita provocava ai respinti non basta per la prova dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie codicistica; rimane la possibilità di accertare il *dolo intenzionale* rispetto all'*illecito vantaggio*, ma solo all'esito di una rigorosa indagine della finalità che sta alla base dell'illecito respingimento (con l'importante precisazione, condivisa anche dalla sentenza napoletana, che il vantaggio ingiusto ben può consistere nel risparmio di tempo e di carburante che il respingimento verso la Libia può comportare rispetto allo sbarco in Italia o a Malta).

E) Il reato di abuso d'ufficio ha in astratto gli elementi per costituire una qualificazione penalistica idonea ad esprimere il disvalore delle ipotesi di illecito respingimento. A rilevare, infatti, nella struttura della fattispecie, non è solo, come nel delitto di sbarco illecito, la condotta lesiva della normativa internazionale (che integra gli estremi della violazione di legge di cui all'art. 323 c.p., come dell'arbitrarietà dello sbarco ex art. 1155 cod. nav.), ma trova spazio anche il *disvalore d'evento* legato alla causazione da parte della condotta illecita di un danno ingiusto. Danno che, come abbiamo ampiamente visto sopra, nel caso dei respingimenti verso la Libia è di straordinaria gravità, posto che i respinti sono stati privati della possibilità di chiedere protezione in Europa, e sono stati ricondotti verso campi di

35. Sul principio consolidato in giurisprudenza, per cui il dolo diretto non è sufficiente per l'imputazione dell'evento nell'abuso d'ufficio, cfr. le decisioni citate in C. Benussi, *Art. 323*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V ed., 2021, vol. II, p. 972 ss.

detenzione che svariate e autorevoli fonti definiscono come gironi infernali; tanto che si potrebbe a nostro avviso in casi simili ipotizzare l'aggravante ad effetto comune di cui al secondo comma, relativa al «danno di rilevante gravità», che conduce dalla fattispecie-base (reclusione da uno a quattro anni) ad una cornice edittale che arriva nel suo massimo a cinque anni e quattro mesi di reclusione. Specie se ritenuto in concorso con la fattispecie di sbarco arbitrario prevista del codice della navigazione, che come si ricorderà prevede una pena massima di tre anni di reclusione, l'abuso d'ufficio potrebbe costituire una qualificazione capace meglio di altre di "fotografare" (tanto sotto il profilo della struttura dell'illecito, quanto del trattamento sanzionatorio) le vicende più gravi di illegittimo respingimento.

La vicenda qui in esame ha mostrato, tuttavia, come la concreta formulazione dell'abuso d'ufficio delineata all'art. 323 c.p. renda tutt'altro che agevole la sua configurazione nelle situazioni di illecito respingimento. Le motivazioni addotte a sostegno dell'insussistenza di tale reato addotte dal GUP napoletano non ci convincono, e abbiamo provato a formulare argomenti utili per sostenere una tesi diversa, pur consapevoli delle difficoltà, specie di natura probatoria, che può porre la concreta attività di accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato (e in modo particolare del dolo intenzionale).

In concreto, dunque, la configurabilità dell'abuso d'ufficio nelle ipotesi di illecito respingimento rappresenta una strada assai accidentata, che richiede il superamento di delicati problemi di prova rispetto sia all'elemento oggettivo (quanto alla prova del danno cagionato a soggetti solitamente non identificati e/o del vantaggio ricavato dall'autore del respingimento) sia all'elemento soggettivo (con la necessità di ricostruire il processo deliberativo dell'autore del fatto, per poter provare il dolo intenzionale richiesto dalla norma). Considerate anche le voci sempre più insistenti di una probabile rivisitazione in senso ulteriormente restrittivo della fattispecie (se non di una sua abrogazione *tout court*) da parte del legislatore, fare affidamento su tale reato per individuare la risposta penalistica alle ipotesi di illecito respingimento non ci pare davvero una conclusione rassicurante.

4.5. *Il delitto di violenza privata ex art. 610 c.p.*

In un lavoro del 2011, in cui Francesco Palazzo, prendendo spunto da un'indagine della Procura di Siracusa, rifletteva sul tema degli illeciti respingimenti, la qualificazione penalistica non era considerata una questione problematica, e veniva pacificamente individuata nel delitto di *violenza privata*³⁶. L'autore si soffermava a lungo sulla questione, allora assai discussa, della legittimità della pratica di respingere i soccorsi verso la Libia e della possibilità degli autori del respingimento di invocare la scriminante di cui all'art. 51 c.p. (il lavoro è antecedente alla sentenza del 2012 della Grande Camera della Corte EDU più volte citata sopra, che ha fornito una risposta definitiva alla questione)³⁷; ma il tema della

36. F. Palazzo, *Scriminanti ed immigrazione clandestina*, cit., p. 458: «Tutta la questione ruota attorno ad un nucleo problematico principale che è quello della possibilità o meno di ricavare dalle complesse e molteplici fonti in materia una causa di giustificazione sotto specie di un dovere giuridico o – più verosimilmente – di una facoltà legittima, capace di scriminare un comportamento peraltro sicuramente tipico ai sensi dell'art. 610 c.p. e altrettanto pacificamente da considerare realizzato sul territorio dello Stato ex art. 4 co. 2 c.p.».

37. Crediamo valga la pena riportare le parole, ancora attuali, con cui Palazzo, in un periodo in cui i respingimenti venivano praticati dalle nostre autorità marittime e di frontiera, molto nitidamente avverte l'importanza della posta in gioco: «Sono infatti qui in gioco, da un lato, l'interesse al controllo dei flussi migratori da parte dello Stato, e, dall'altro, l'esigenza del rispetto dei valori universali della dignità e solidarietà umane»: p. 459.

fattispecie applicabile non era fatto oggetto di specifica riflessione, aderendo l'autore senza riserve alla qualificazione proposta dalla Procura.

In effetti, la configurabilità del reato di cui all'art. 610 c.p. nelle ipotesi qui allo studio ci pare indiscutibile. L'unico caso problematico potrebbe essere quello di un respingimento attuato mediante inganno, cioè senza avvertire i passeggeri della direzione che l'imbarcazione aveva intrapreso, mancando in tali ipotesi i requisiti della violenza o della minaccia richiesti dalla norma; ma si tratta di ipotesi poco verosimili, e che comunque non ci risulta si siano mai realizzate nella prassi.

Rimane però da affrontare il problema se l'oggettività giuridica del reato risulti esaustiva del disvalore legato al respingimento. Il bene giuridico tutelato dalla norma è esclusivamente la *libertà morale* della persona offesa, cadendo fuori dal suo spettro di tutela gli eventuali danni ad altri beni giuridici cagionati dalla condotta costrittiva³⁸. La cornice edittale dell'art. 610 c.p. è idonea allora a punire le ipotesi "classiche" di violenza privata, ove la vittima è costretta al compimento o all'omissione di una specifica condotta, anche se tale condotta non è di per sé lesiva di alcun diritto fondamentale, ulteriore rispetto alla libertà morale; risulta invece difficile ritenere la medesima fattispecie adeguata a sanzionare una condotta costrittiva che ha l'effetto di esporre la vittima ad una gravissima e duratura lesione dei propri diritti fondamentali, come nel caso dei respingimenti verso i campi di tortura libici³⁹.

Anche nel caso della violenza privata, come della fattispecie di sbarco arbitrario analizzata sopra, la sanzione prevista dal legislatore tiene conto solo del disvalore della condotta (costrittiva o comunque arbitraria), ma non del *disvalore dell'evento* derivante da tale condotta; quando invece il nucleo valoriale del principio di *non refoulement* non consiste tanto nella tutela della libertà di scelta del luogo di destinazione da parte della vittima, quanto nell'impedire l'effetto di farla condurre in un luogo ove è esposta a gravi violazioni dei propri diritti fondamentali.

4.6. Conclusioni: l'opportunità di un intervento legislativo

Le considerazioni appena svolte ci pare mostrino in modo indiscutibile come le ipotesi di respingimento verso Paesi ove non sono rispettati i diritti fondamentali non sono solo illecite ai sensi del diritto internazionale, ma risultano anche *qualificabili come reato* in sede penale.

Abbiamo visto, tuttavia, come le diverse fattispecie ipotizzabili (tutte prese in esame, ad eccezione della violenza privata, nelle sentenze in commento) non appaiano, ciascuna per ragioni diverse, adeguate ad esprimere una risposta punitiva proporzionata al disvalore del fenomeno in questione. L'*abbandono di minori ed incapaci* di cui all'art. 591 c.p. si applica solo ai casi in cui i respinti abbiano tale qualità, e non ha dunque portata generale; lo *sbarco arbitrario* ex art. 1155 cod. nav. e la *violenza privata* ex art. 610 c.p. sono costruiti solo intorno alla natura illecita della condotta, e non dell'evento-respingimento, e proprio in ragione della loro struttura hanno una cornice edittale troppo modesta per la gravità del danno cagionato

38. Per questa pacifica ricostruzione del bene giuridico della violenza privata, cfr. per tutti F. Viganò, *Art. 610*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V ed., 2021, vol. III, p. 1886 ss.

39. Lucidamente ancora sul punto F. Palazzo, *ibidem*: «Non c'è dubbio, infatti, che nella particolare fattispecie di cui si tratta il pregiudizio al bene della libertà individuale di autodeterminazione (tutelato dall'art. 610 c.p.), lungi dall'essere qualcosa di puntuale e circoscritto, viene invece in qualche modo enfatizzato e "drammatizzato", assurgendo al livello di un sacrificio integralmente coinvolgente le speranze di una vita fisicamente e socialmente migliore per esseri umani diseredati».

alle vittime in tale genere di situazioni; l'*abuso d'ufficio*, ove invece viene dato rilievo normativo al danno ingiusto subito dalle vittime, potrebbe rappresentare una risposta più coerente con il disvalore degli illeciti respingimenti, ma abbiamo visto come la formulazione del reato renda in concreto assai impervia la strada dell'accertamento di tutti i suoi elementi, specie in relazione al profilo soggettivo del reato.

Ci pare allora che la vicenda oggetto delle sentenze in commento faccia emergere un problema di natura generale, relativo all'inidoneità delle fattispecie attualmente presenti nel nostro ordinamento penale a punire le condotte di violazione del diritto al *non refoulement*. Alla luce di quanto visto sopra, e constatata le carenze del complesso di norme oggi applicabili, la nostra conclusione è che sarebbe opportuno iniziare a riflettere sull'opportunità di introdurre una figura di reato *ad hoc*, che esprima compiutamente l'intero disvalore delle ipotesi di illecito respingimento.

Una prima possibilità potrebbe essere quella di inserire una nuova circostanza aggravante nella fattispecie di sbarco arbitrario prevista dal codice della navigazione. In effetti, si tratta della fattispecie che già dal *nomen iuris* descrive in modo più accurato la condotta di respingimento, e si potrebbe prevedere (accanto alle aggravanti già ricorrenti nei casi in cui la persona sbarcata sia priva dei mezzi di sussistenza, o dallo sbarco siano derivate la morte o le lesioni delle persone offese) una nuova *circostanza aggravante*, «quando i passeggeri siano stati sbarcati in un Paese ove sono esposti al pericolo di tortura o trattamenti inumani o degradanti».

Un'altra opzione ci pare quella di inserire nel *codice penale* – nella sezione dei «delitti contro la personalità individuale», dove sono disciplinate le fattispecie di tratta di persone – un *nuovo reato* (rubricato *Respingimento illecito*) che punisca «chiunque respinge una persona verso un Paese ove la stessa sia esposta al pericolo di tortura o trattamenti inumani o degradanti».

L'oggetto dell'incriminazione sarebbe il medesimo, ma la seconda opzione ci pare preferibile per diversi motivi. Anzitutto l'eventuale nuova disposizione codicistica sarebbe applicabile a *tutte le ipotesi di illecito respingimento* (anche a quelle che avvengono alla frontiera terrestre), mentre la previsione di un'aggravante alla fattispecie del codice della navigazione sarebbe applicabile solo ai casi di respingimento via mare o via aerea, con un irragionevole disparità di trattamento rispetto alle situazioni (altrettanto gravi) che si possono verificare ai confini terrestri.

La collocazione del reato tra i delitti contro la personalità individuale previsti dal codice penale renderebbe poi plasticamente evidente come nei casi di illecito respingimento l'oggetto della tutela sia proprio il rispetto di quel divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti, in cui si sostanzia il principio di *non refoulement* delineato dalla Corte EDU a partire dall'art. 3 CEDU. È vero che anche la fattispecie di sbarco arbitrario è collocata nel capo dei delitti contro la persona previsti dal codice della navigazione, ma è chiaro come si tratti di una collocazione comunque marginale, come attesta anche il fatto che la disposizione sia pressoché del tutto assente nei repertori giurisprudenziali come nei contributi della dottrina. La decisione di inserire la nuova incriminazione nel codice penale avrebbe in altri termini un diverso impatto in termini di *conoscibilità* della norma tra i consociati; considerato come proprio il processo di Napoli abbia mostrato quanto al momento sia difficoltosa la qualificazione penalistica degli illeciti respingimenti, e quanto dunque *a fortiori* la rilevanza penale delle condotte risulti poco chiara nella comunità di chi lavora in mare, prevedere una nuova norma nel codice penale avrebbe un significato molto diverso in

termini comunicativi dal prevedere una nuova circostanza aggravante in una fattispecie desueta del codice della navigazione.

Infine, sotto un profilo più tecnico, la previsione di un reato autonomo invece di una circostanza aggravante avrebbe l'effetto di rendere più significativo sotto il profilo sanzionatorio l'impatto pratico della disposizione, posto che non potrebbe essere applicato il *giudizio di bilanciamento* tra circostanze eterogenee previsto all'art. 69 c.p. (salvo ricorrere alla tecnica dell'esclusione della nuova circostanza dal novero di quelle cui si applica l'art. 69, tecnica peraltro in più occasioni censurata dalla Corte costituzionale).

Quale che sia la formulazione che si ritenga preferibile, si pone poi il problema della *cornice edittale* da attribuire alla nuova fattispecie (poco importa ora che si configuri come reato autonomo contro la personalità individuale, o come circostanza aggravante del reato di sbarco arbitrario). Un punto di riferimento ci pare possano essere le pene previste dall'aggravante dello sbarco arbitrario relativa alle lesioni (reclusione da uno a sei anni) o alla morte (reclusione da tre a otto anni) dei passeggeri sbarcati. Non ha molto senso qui ipotizzare una precisa cornice edittale: si dovrebbe trattare in ogni caso di una sanzione che si collochi nella *fascia medio-alta* dei delitti contro la persona, tenuto conto della gravità del danno ai diritti fondamentali delle vittime che si verifica nelle ipotesi ora allo studio.

Non ci nascondiamo, per concludere, la diffidenza che può suscitare la proposta di introduzione di un nuovo reato o di una nuova circostanza aggravante, soprattutto rispetto a situazioni che già sono sussumibili entro figure di reato esistenti. Tuttavia, ci pare di avere mostrato le ragioni per cui nel caso qui allo studio le norme penali oggi applicabili denotino ampie lacune di tutela, che possono essere colmate solo da un intervento normativo. Intervento che ci pare sarebbe anche assai utile per ribadire in termini ancora più inequivocabili degli attuali che i respingimenti verso porti non sicuri sono illeciti, ed espongono i loro autori a gravi responsabilità penali.

5. Postilla in tema di cause di giustificazione e di concorso di persone nel reato

Nelle sentenze qui analizzate, sono rimasti sullo sfondo due problemi di grande importanza rispetto alle vicende di illecito respingimento: la questione dell'applicabilità della scriminante dell'*obbedienza ad un ordine legittimo dell'autorità* ex art. 51 c.p., quando il respingimento sia stato operato in esecuzione delle istruzioni fornite dall'autorità competente; e la possibilità che, oltre al comandante dell'imbarcazione che ha effettuato materialmente il respingimento, vengano chiamati a rispondere in sede penale anche *altri soggetti*, come coloro che abbiano contribuito alla decisione assunta dal comandante, o che addirittura gli abbiano fornito l'ordine da lui poi eseguito.

Nel caso della Asso 28, tali problemi non sono stati oggetto di particolare attenzione, da un lato perché il comandante ha assunto la decisione di dirigersi in Libia prima di contattare le autorità competenti, non potendo considerarsi tale il funzionario libico non meglio identificato, alle cui istruzioni diceva di essersi attenuto l'imputato; e dall'altro perché, se imputato insieme al comandante era anche il responsabile a terra della compagnia armatrice dell'Asso 28, in realtà l'istruzione dibattimentale non ha evidenziato alcun elemento significativo a carico di tale soggetto, e la sentenza di primo grado ha semplicemente preso atto di tale mancanza.

Si tratta di questioni molto complesse, che coinvolgono anche l'interpretazione della normativa internazionale circa l'individuazione delle responsabilità dei diversi Stati costieri nella gestione delle attività SAR. In questa sede ci limitiamo ad una brevissima osservazione,

relativa alle specificità dei respingimenti verso la Libia. Alla luce del fatto che da anni è ben nota l'atrocità delle violenze perpetrate nei campi di detenzione per stranieri, il respingimento di potenziali richiedenti asilo verso la Libia è illegittimo, perché contrario al divieto di *refoulement*; quindi il comandante che dovesse ricevere l'ordine di riportare i soccorsi in Libia sarebbe tenuto a non adempiervi, trattandosi di ordine manifestamente criminoso, e nel caso invece vi adempisse risponderebbe dei reati che abbiamo visto sopra applicabili nelle ipotesi di respingimento illecito, senza poter invocare la scriminante di cui all'art. 51 c.p.⁴⁰ Di tali reati poi risponderebbe ovviamente anche l'autorità che ha impartito l'ordine, come dispone l'art. 51 co. 2 c.p., per cui «se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che l'ha commesso».

Insomma, se in situazioni ove è discutibile la natura di porto sicuro del luogo di sbarco, e quindi la stessa legittimità del respingimento, sarà senz'altro rilevante accertare se ed in che termini il comandante abbia adempiuto ad un ordine dell'autorità, e di quale autorità, nel caso della situazione libica attuale la notorietà delle condizioni in cui si trovano i respinti rende manifestamente illegittimo l'eventuale ordine di respingimento, quale che sia l'autorità da cui tale ordine promani: con la conseguenza che tanto l'autore materiale del respingimento, quanto l'autorità che l'ha ordinato dovranno rispondere dei reati analizzati in queste note.

40. In questo senso, cfr. la nota di C. Pagella, *Sulla rilevanza penale*, cit., p. 8.