

SOCCORSI IN MARE E DIRITTO PENALE NELLA STAGIONE DEI PORTI CHIUSI. ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO DI CAROLA RACKETE

di Luca Masera,

Professore associato di diritto penale, Università di Brescia

Sommario: 1. Premessa – 2. Il caso di Carola Rackete – 2.1. Lo sbarco e l'arresto – 2.2. La non convalida dell'arresto da parte del GIP di Agrigento – 2.2.1. Gli snodi giuridici della questione – 2.3. La conferma della mancata convalida dell'arresto da parte della Cassazione – 2.4. Le archiviazioni per entrambi i procedimenti avviati – 2.5. Il procedimento penale a carico di Salvini per diffamazione della Rackete – 3. L'archiviazione dei procedimenti nei confronti delle ONG e il cd. *chilling effect* – 4. L'altra faccia della medaglia: alcune riflessioni riguardo ai procedimenti a carico dell'ex Ministro dell'interno Salvini – 5. Conclusioni.

1. Il 20 dicembre 2021, il GIP presso il Tribunale di Agrigento, su conforme richiesta della Procura, ha disposto l'archiviazione dell'ultimo procedimento aperto a carico di Carola Rackete, la capitana della nave *Seawatch 3* che nel giugno 2019 aveva forzato il blocco opposto da un'imbarcazione della Guardia di finanza e aveva fatto sbarcare a Lampedusa i naufraghi tratti a bordo in un'operazione di soccorso¹.

La vicenda è stata al centro delle cronache politiche e giudiziarie nazionali per diverse settimane, e possiamo per il momento darla per nota nei suoi contorni essenziali, posto che vi soffermeremo a fondo l'attenzione nel corso della trattazione. Carola Rackete è stata il simbolo di una stagione, o meglio il simbolo della reazione della società civile ad una stagione di governo andata mediaticamente sotto il nome di "politica dei porti chiusi".

La compagine governativa, espressa dalla maggioranza giallo-verde che sosteneva il Governo Conte 1, aveva fatto del contrasto alle ONG che operavano i soccorsi in mare nel Mediterraneo centrale un tratto distintivo della propria politica in materia di immigrazione. Le navi delle ONG venivano sistematicamente fatte attendere anche per diversi giorni prima di poter sbarcare i naufraghi sulle coste

¹ G.i.p. Agrigento, 20.12.2021, n. 3150/2019, in *Sist. pen.*, 17.1.2022, con scheda di S. Zirulia, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*.

italiane, nell'attesa che le istituzioni europee, o alcuni dei Paesi membri, si facessero carico dell'accoglienza di almeno una parte delle persone salvate in mare. La politica dei porti chiusi, applicata dal Ministro dell'interno Salvini durante tutto il periodo trascorso al Viminale, si traduceva in buona sostanza nell'attendere per giorni prima di dare l'autorizzazione allo sbarco dei naufraghi, non solo quando essi si trovassero a bordo della nave di una ONG, ma anche quando i soccorsi fossero stati operati da navi della Marina militare italiana, come nei noti casi giudiziari (cui faremo cenno oltre) relativi alle navi Diciotti (agosto 2018) e Gregoretti (agosto 2019).

Ben prima del caso Rackete, in effetti, il possibile rilievo penalistico delle vicende della stagione dei porti chiusi era venuto più volte in considerazione, e sotto prospettive diametralmente opposte.

In un primo momento, a partire dall'estate del 2017, avevano avuto grande risalto le indagini condotte da alcune Procure, che avevano ipotizzato a carico delle ONG operanti in mare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, *ex art. 12 Testo unico dell'immigrazione (TUI)*, sul presupposto che la loro presenza in mare e la loro operatività nei soccorsi agevolasse obiettivamente l'operato dei trafficanti che gestivano le partenze dalla Libia. Indagini che, come vedremo meglio oltre, hanno avuto un clamore mediatico non proporzionale ai loro esiti, posto che quasi tutti i procedimenti avviati nei confronti delle ONG si sono risolti con provvedimenti di archiviazione, molto spesso su richiesta conforme delle stesse Procure. Benchè dunque risultate *ex post* prive di alcun riscontro, tali inchieste avevano tuttavia trovato ampia eco sui media, giocando un ruolo determinante nel contribuire a quel clima di vera e propria criminalizzazione dei soccorsi in mare, che trova compendio nella sprezzante assimilazione avanzata in quei mesi da un noto esponente politico delle navi dei soccorritori a "taxi del mare"².

Con l'arrivo al governo del Ministro Salvini, nella primavera del 2018, e con la conseguente attuazione della politica dei porti chiusi, la prospettiva in chiave penalistica si inverte, e nella veste di indagato, per il caso Diciotti, viene a trovarsi il Ministro dell'interno, per il quale il Tribunale dei ministri di Catania aveva chiesto al Senato l'autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona aggravato, in relazione ad un episodio in cui per diversi giorni il Ministro si era opposto allo sbarco dei naufraghi soccorsi dall'unità Diciotti della nostra Marina militare³. In questa

² Per una ricostruzione della nascita e dei primi sviluppi della strategia di contrasto all'operato delle ONG, sia consentito il rinvio a L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi.it*, num. spec. 2-2019, 25.3.2019, 36 ss.

³ T. Catania, sez. reati ministeriali, 7.12.2018, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28.1.2019, con scheda di S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, e in *QuestG*, 29.1.2019, con commento di L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti – Chi fissa e quali sono i limiti all'azione politica del Governo in uno Stato democratico?*

vicenda il Senato, chiamato ad esprimersi sulla richiesta di autorizzazione quando il Ministro Salvini era ancora in carica, ed aveva quindi il sostegno della maggioranza parlamentare, aveva respinto la richiesta del Tribunale catanese⁴, mentre in due casi analoghi (il caso Open Arms, del giugno 2019, ed il caso Gregoretti dell'agosto 2019) le richieste di autorizzazione a procedere (sempre per il medesimo reato di sequestro di persona) rispettivamente del Tribunale dei ministri di Catania e di Palermo sono state discusse e votate quando il partito dell'ex Ministro Salvini era passato all'opposizione, e l'esito è stato favorevole al proseguimento dei procedimenti giudiziari⁵. Se il procedimento di Catania si è poi definitivamente concluso con l'archiviazione disposta dal GUP⁶, in accoglimento della richiesta della Procura, il procedimento palermitano è invece in corso di svolgimento in sede dibattimentale.

Anche su queste vicende avremo modo di formulare qualche breve riflessione, nel prosieguo di questo lavoro; ciò che in sede introduttiva ci interessava mettere in luce è come la vicenda di Carola Rackete giungesse, nell'estate del 2019, a segnare il culmine di una stagione (giudiziaria e mediatica) già assai movimentata, in cui era stata messa in discussione la liceità penale tanto delle condotte dei soccorritori, quanto del Ministro dell'interno che dell'inflessibile contrasto alle ONG aveva fatto una bandiera. Il caso della giovane capitana tedesca, che per la prima volta da quando si è instaurato il confronto tra ONG e Ministro fa ricorso all'uso della forza per sbarcare in Italia i naufraghi che aveva soccorso, e viene immediatamente additata come una "criminale da mettere in manette" dal Ministro dell'interno, segna plasticamente l'apice di un contrasto che per mesi è stato al centro della scena politica italiana.

Proprio quando gli archetipi di Antigone e Creonte si affacciano negli editoriali delle maggiori testate, a descrivere il tono ormai sempre più acceso del contrasto tra le ONG che rivendicano il diritto a soccorrere chiunque si trovi in pericolo in mare e il

⁴ Per un primo commento alla *Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari*, comunicata alla Presidenza del Senato il 21.2.2019, in cui vengono espone le ragioni della proposta di diniego dell'autorizzazione, poi approvata dall'assemblea del Senato, cfr. L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti – Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'Assemblea del Senato*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, n. 1; per alcune riflessioni intorno alla decisione di negare l'autorizzazione, cfr. anche E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *QuestG*, 14.3.2019; A. Ciervo, *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti – una breve nota a partire da due recenti scritti di Luca Masera*, in *QuestG*, 18.3.2019; G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *Federalismi.it*, 20.2.2019; M.C. Cavallaro, *Procedura amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella 'vicenda Diciotti'*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.6.2019; A. Diddi, *L'affaire Diciotti quarant'anni dopo il caso Lockheed: è sindacabile la negata autorizzazione parlamentare alla procedibilità del reato?* in *CrD*, n. 2/2018; A. Morelli, *Principio di legalità vs. 'preminente interesse pubblico'? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quad. cost.*, 2018, 895 ss.

⁵ Per un'analisi di entrambe tali vicende, cfr. L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali – I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Torino 2020, 7 ss.; per quanto riguarda il caso Gregoretti, cfr. anche P. Gentilucci, *Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti – Una bussola per i futuri governi*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 2.

⁶ G.u.p. Catania, 14.5.2021, disponibile nella rassegna di diritto penale in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 3.

Ministro che replica invocando il proprio diritto-dovere di tutelare l'ordine pubblico, poche settimane dopo il caso Rackete, a settembre 2019, la fine del Governo Conte 1 e il varo della diversa maggioranza giallo-rossa a sostegno del Conte 2 portano al Viminale il Ministro Lamorgese. La politica muscolare di Salvini è alle spalle, e benché i rapporti delle ONG con le autorità marittime e di polizia italiane rimangano nella prassi non privi di difficoltà, almeno a livello di dichiarazioni pubbliche viene riconosciuta la liceità dei soccorsi⁷, e alle richieste di sbarco in Italia dei naufraghi-migranti viene dato solitamente un tempo di risposta ragionevole, senza le polemiche che accompagnavano ogni sbarco nei mesi del precedente Governo.

Il caso Rackete segna dunque al contempo l'acme e la fine di un periodo di aspro ed esplicito contrasto tra operatori umanitari e apparato istituzionale, che non ha precedenti nella storia del nostro Paese. Prenderemo allora le mosse da un'analisi puntuale delle molteplici tappe giudiziarie che hanno scandito tale specifica vicenda, per svolgere poi qualche considerazione più generale sullo stato attuale del contenzioso penale in vario modo inerente al tema dei soccorsi in mare e sul significato complessivo di un filone giudiziario che ha lasciato una traccia importante nel dibattito politico-mediatico dell'ultimo quinquennio.

2.1. Il 12 giugno 2019 la nave Sea Watch 3, battente bandiera olandese e di proprietà della ONG tedesca Sea Watch, effettua il soccorso di 53 persone presenti su un natante in condizioni precarie a 47 miglia dalle coste libiche. Operato il soccorso, la comandante, Carola Rackete, procede subito a richiedere l'indicazione di un POS (*place of safety*) alle autorità italiane, maltesi, olandesi e libiche. La prima risposta giunge dalle autorità libiche, che indicano Tripoli quale porto sicuro ove condurre i migranti. Considerate le tragiche condizioni in cui versano i migranti nei campi di detenzione libici, la comandante ritiene che la Libia non possa essere considerata un porto sicuro per i naufraghi soccorsi, e si dirige verso le coste europee, benché le autorità italiane e maltesi si rifiutino di indicare un POS affermando la propria incompetenza rispetto al soccorso operato nella cd. zona SAR libica. Dopo che la Sea Watch 3, pur restando in acque internazionali, si era portata a poche miglia da

⁷ Per un'analisi del cd. decreto Lamorgese (d.l. 21.10.2020, n. 130, conv. in l. 18.12.2020, n. 173), limitatamente alle disposizioni con cui la nuova maggioranza modifica le riforme in tema di divieto di ingresso per le navi dei soccorritori varate dal Governo Conte 1 (intervento tardivo e molto parziale, secondo opinione diffusa tra i commentatori), cfr. *ex multis* G. Amato, *Confermate le sanzioni penali con novità formali e stilistiche*, in *GD*, 2021 (2), 74 ss.; A. di Martino e L. Ricci, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, in www.la-legislazione-penale.eu, 1.3.2021; G. Mentasti, *L'ennesimo "Decreto immigrazione-sicurezza" (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sist. pen.*, 23.10.2020; F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1 co. 2 del d.l. n. 130/2020*, in *Quad. cost.*, 2021, n. 1; S. Zirulia, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove disposizioni, vecchie politiche criminali*, in *DPP*, 2021, 567 ss.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *QuestG*, 15.6.2021.

Lampedusa, il 15 giugno il Ministro dell'interno, sulla base dei poteri conferitigli dal cd. decreto-sicurezza *bis* appena entrato in vigore⁸, formalizza il divieto di ingresso della nave in acque italiane, nell'attesa che da trattative instaurate in sede europea emerga la disponibilità di altri Governi dell'Unione a farsi carico dell'accoglienza dei naufraghi-migranti. Nei giorni successivi vengono evacuati dalla nave 10 soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità, ma per gli altri 43 la situazione continua a non sbloccarsi. Il 26 giugno la comandante si risolve infine a violare il divieto e ad entrare nelle acque nazionali, ritenendo non più sostenibile la condizione di stallo venutasi a creare. Dopo qualche giorno di ulteriore attesa di una soluzione concordata con le autorità italiane, nella notte del 29 giugno la nave entra nel porto di Lampedusa, dirigendosi verso l'unica banchina adatta all'attracco di un natante delle dimensioni della Sea Watch 3; nel vano tentativo di impedire l'attracco, una motonave della Guardia di finanza si frappone tra la banchina e la nave, e viene urtata da quest'ultima nelle manovre di ormeggio⁹.

Appena giunta in porto, Carola Rackete viene arrestata dalla Guardia di finanza, ed il giorno successivo la Procura della Repubblica di Agrigento chiede la convalida dell'arresto e l'applicazione della misura cautelare del divieto di dimora. Tali richieste vengono formulate non già per il reato più volte contestato in passato alle ONG, cioè per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (in relazione a tale figura delittuosa il Procuratore di Agrigento aveva reso noto l'apertura di un separato procedimento, su cui torneremo oltre, oggetto di archiviazione nel dicembre 2021), né per la violazione del divieto di ingresso nelle acque nazionali emanato dal Ministro dell'interno (il decreto-sicurezza *bis*, nella versione all'epoca vigente, prevedeva per tale violazione solo l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria), ma per i comportamenti illeciti che secondo la Procura sarebbero stati compiuti dalla capitana nell'ultimo frammento temporale della vicenda, quando in fase di approdo sulla

⁸ Per un commento al cd. decreto sicurezza-bis (o Salvini-bis) (d.l. n. 53 del 14.6.2019, conv. in l. n. 77 dell'8.8.2019), con cui era stata fornita di supporto normativo la prassi sino ad allora seguita dal Ministro di negare l'ingresso alle ONG adducendo motivi di ordine pubblico, con altresì l'introduzione di onerosissime sanzioni amministrative pecuniarie nei casi di violazione di tali divieti, cfr. tra gli altri Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Il D.L. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, nella L. n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, in www.asgi.it, 13.9.2019; P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti riforme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 619 ss.; S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto-sicurezza bis*, in *QuestG*, 29.7.2019; M.E. Cassano, *Sicurezza e disagio sociale nel decreto Salvini*, in *DPenCont*, 2019, n. 9; G. Cataldi, *L'impossibile interpretazione conforme del decreto sicurezza-bis alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *QuestG*, 26.2.2020; A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *QuestG*, 20.6.2019; I. Papanicolopulu e G. Bay, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1; S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.6.2019.

⁹ Il resoconto della vicenda appena fornito corrisponde a quanto emerge in modo univoco dai provvedimenti giudiziari che si andranno di seguito ad analizzare.

banchina vi era stato il confronto tra la nave (di dimensioni imponenti) dei soccorritori e la piccola imbarcazione dei finanziari, che intendeva impedire l'attracco. La Procura ritiene sussistente nella condotta della capitana, che decideva di procedere all'approdo nonostante l'interposizione fisica sulla banchina del natante della Guardia di finanza, gli estremi di due figure delittuose, la cui cornice edittale giustifica l'arresto: il delitto di violenza contro nave da guerra di cui all'art. 1100 cod. nav. (punito con la reclusione da tre a dieci anni) e il delitto di resistenza a un pubblico ufficiale di cui all'art. 337 Cp (reclusione da sei mesi a cinque anni).

2.2. Il provvedimento del 2 luglio del GIP di Agrigento, che nega sia la convalida dell'arresto che l'emissione della misura cautelare, già contiene tutti gli argomenti in diritto che saranno poi ripresi dalle decisioni successive che avranno modo di occuparsi della vicenda¹⁰.

Il GIP decide anzitutto di inserire l'analisi dello specifico episodio oggetto di contestazione all'interno della vicenda complessiva, e prende le mosse da una considerazione delle disposizioni internazionali e nazionali che regolano i soccorsi in mare. Il provvedimento fa riferimento in particolare alla Convenzione sul diritto del mare di Montego Bay del 1982, alla Convenzione SOLAS del 1974 ed alla Convenzione SAR del 1979 (tutte ratificate e rese esecutive nel nostro Paese dalle rispettive leggi di esecuzione); per quanto riguarda poi il diritto interno, il giudice rammenta il disposto dell'art. 10 ter TUI (per cui "lo straniero (...) 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"), da cui secondo il GIP "deriva l'obbligo, in capo alle autorità statali, di soccorrere e fornire prima assistenza, allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato".

Dopo avere riportato l'informativa della Guardia di finanza che ricostruisce la cronologia degli eventi (dal momento del soccorso in mare all'approdo sulla banchina del porto di Lampedusa), il provvedimento passa poi ad analizzare le dichiarazioni rese da Carola Rackete a giustificazione della propria condotta. Il GIP ritiene innanzitutto che la decisione di non riportare i migranti in Libia, come richiesto dalle autorità libiche e italiane, "risultava conforme alle raccomandazioni del Commissario per i Diritti umani del Consiglio d'Europa e a recenti pronunce giurisprudenziali (v. sentenza del GUP di Trapani del 23 maggio 2019)". Legittima era anche la scelta di escludere "i porti di Malta, perché più distanti", e quelli tunisini, perché "la Tunisia non poteva considerarsi un luogo che fornisse le garanzie fondamentali ai naufraghi (...), e la Tunisia non prevede una normativa a tutela dei rifugiati, quanto al diritto di

¹⁰ G.i.p. Agrigento, 2.7.2019, con note di L. Masera, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *Giust. ins.*, 6.7.2019 e V. Valentini, *Dovere di soccorrere o diritto di sponore? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Crim*, 5.8.2019.

asilo politico”. Il giudice conclude dunque che “alla luce del suddetto quadro normativo, delle sue conoscenze personali in ordine alla sicurezza dei luoghi, ed avvalendosi della consulenza dei suoi legali, il Comandante Carola Rackete si approssimava alle acque di Lampedusa, ritenendola “porto sicuro” e più vicino, per lo sbarco e chiedeva, invano, alle autorità di poter entrare”.

La decisione ricorda poi come, una volta entrata in acque italiane, la capitana della Sea Watch 3 abbia atteso ancora oltre due giorni prima di fare ingresso nel porto di Lampedusa, e si sia decisa all’attracco nonostante il diniego della Guardia di finanza solo quando ha ritenuto che le condizioni fisiche e psicologiche dei migranti non consentissero l’ulteriore prosecuzione del trattenimento sulla nave. Secondo il giudice, tale decisione risulta conforme tanto al diritto internazionale, quanto alla normativa interna, che come visto sopra all’art. 10 *ter* TUI prevede il dovere di prestare soccorso nei punti di crisi agli stranieri anche irregolari soccorsi in mare. Quanto poi al divieto di sbarco emanato dalle autorità italiane, “ritiene questo Giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3 potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di ‘porti chiusi’ o il provvedimento del 15 giugno del Ministro dell’interno, che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave Sea Watch 3 nel mare territoriale italiano”.

Posto questo quadro di riferimento, il Gip passa poi rapidamente ad analizzare le due specifiche contestazioni mosse alla Rackete. Per quanto riguarda il delitto di cui all’art. 1100 cod. nav. (violenza o resistenza a nave da guerra), il giudice ne esclude in radice la sussistenza, aderendo all’interpretazione della nozione di nave da guerra fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35/2000, secondo cui «le unità navali della Guardia di finanza sono considerate navi da guerra solo quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare».

Quanto invece alla contestazione della resistenza a pubblico ufficiale, il giudice ritiene che «sulla scorta delle dichiarazioni rese dall’indagata (a tenore delle quali ella avrebbe operato un cauto avvicinamento alla banchina portuale) e da quanto emergente dalla visione del video in atti, il fatto deve essere di molto ridimensionato, nella sua portata offensiva, rispetto alla ricostruzione accusatoria fondata sulle rilevazioni della p.g». Il Gip ritiene comunque che la condotta della Rackete integri gli estremi della resistenza a pubblico ufficiale, ma reputa altresì che il reato sia scriminato ai sensi dell’art. 51 Cp, posto che «il descritto segmento finale della condotta dell’indagata, come detto integrativo del reato di resistenza a pubblico ufficiale, costituisce il prescritto esito dell’adempimento del dovere di soccorso, il quale – si badi bene – non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro

conduzione sino al più volte citato porto sicuro».

2.2.1. Abbiamo ritenuto utile riportare in modo analitico i passaggi del provvedimento del giudice agrigentino, perché – pur trattandosi di un provvedimento cautelare, e dunque fornito di una motivazione stringata – individua, come già accennato, tutte le questioni centrali sul tappeto, e perviene a conclusioni che saranno confermate da tutte le decisioni successive, sia cautelari che di merito.

Il problema, che è poi comune ad ognuno dei diversi procedimenti che concernono casi di soccorso in mare (tanto, come nel caso in questione, rispetto alla responsabilità penale dei soccorritori, quanto rispetto alla responsabilità del Ministro dell'interno per l'attuazione della politica dei porti chiusi), ruota a ben vedere intorno ad un unico interrogativo, la cui soluzione si riverbera poi sulla soluzione di tutti i casi qui di interesse.

È legittima, secondo la normativa nazionale ed internazionale in materia di soccorsi in mare, l'attività prestata dalle navi delle ONG, che forniscono aiuto alle imbarcazioni in pericolo in provenienza dalla Libia, e poi in mancanza di altre alternative concretamente praticabili chiedono alle autorità italiane un "porto sicuro" ove sbarcare i naufraghi-migranti? O invece era legittima la pretesa del Ministro dell'interno Salvini (nel caso Rackete come nei tanti altri casi di navi di ONG bloccate per giorni nei porti siciliani), che invocando la categoria del "passaggio non inoffensivo" delle navi delle ONG, in ragione della condizione di irregolarità dei naufraghi di cui si chiedeva lo sbarco, pretendeva di negare loro l'accesso sul nostro territorio, almeno sino a che anche altri Paesi si assumessero la responsabilità dell'accoglienza post-sbarco dei naufraghi?

La risposta a tale interrogativo condiziona all'evidenza la soluzione di tutto il contenzioso penale che ruota attorno alle vicende degli ultimi anni in materia di soccorsi in mare, e si tratta a ben vedere di una risposta non particolarmente controversa. Le fonti internazionali in materia di diritto del mare delineano al riguardo un quadro dai contorni inequivocabili. Su chiunque trovi un natante in condizioni di pericolo in mare grava un preciso obbligo giuridico di soccorrere i naufraghi, quale che sia la loro provenienza ed il loro *status* giuridico, e di portarli al più presto in un "luogo sicuro", tale non potendosi ovviamente considerare la nave dei soccorritori quando il prolungarsi del soggiorno dei naufraghi risulti insostenibile per ovvie ragioni logistiche¹¹.

¹¹ Per queste pacifiche conclusioni, cfr., tra gli internazionalisti che hanno commentato le vicende e le decisioni oggetto anche di questo lavoro, G. Cataldi, *Migranti nel Mediterraneo e tutela dei diritti. Alcuni casi recenti della prassi italiana*, in *Quad. ec. soc.*, 2018, n. 2, 33 ss.; A. Del Guercio, *Il caso della Sea-Watch 3 tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *Dir. um. dir. int.*, 2019, 331 ss.; F. De Vittor, *Immigrazione e asilo – Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. dir. int.*, 2018, 443 ss.; M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto*

Nel caso dei soccorsi operati nel Mediterraneo centrale, ed in particolare (come nel caso Rackete) in acque internazionali che rientrerebbero nella cd. zona SAR libica, la situazione attuale in Libia esclude che la stessa possa essere individuata come porto sicuro ove riportare i naufraghi-migranti. Sono ormai innumerevoli, infatti, i rapporti di istituzioni internazionali ed ONG che testimoniano la gravità della situazione di violenza cui sono esposti i migranti nei campi di detenzione libici¹², e presso la Procura alla Corte penale internazionale è da tempo in discussione l'apertura di un'inchiesta per possibili crimini contro l'umanità commessi a carico dei migranti in Libia¹³. A livello di giurisprudenza nazionale, poi, oltre alle sentenze che hanno condannato a pesanti pene detentive diversi soggetti individuati come responsabili di terribili violenze nei campi libici¹⁴, è recentissima la decisione della Cassazione nel noto caso

(internazionale) del comandante della nave privata, in *Dir. um. dir. int.*, 2019, 5 ss.; I. Papanicolopulu, G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1.

¹² 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*.

¹³ Sono ormai già tre le comunicazioni presentate alla Procura della Corte penale in relazione ai crimini contro l'umanità di cui sono vittime gli stranieri detenuti nei campi libici: la prima è stata presentata nel giugno 2019 da parte delle cliniche legali dell'università di Scienze politiche di Parigi, e insiste in modo particolare sulla responsabilità a titolo di complicità delle autorità italiane ed europee (il documento, agevolmente reperibile sul web, è stato commentato nella nostra dottrina da A. Pasquero, *La comunicazione alla Corte penale internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1, e D. Tarantino, *Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l'umanità*, in *DPenCont*, 2021, n. 1, 231 ss.), mentre nell'autunno del 2021 sono state presentate altre due comunicazioni, l'una incentrata sulle responsabilità degli agenti libici per crimini contro l'umanità (il documento, dal titolo *No Way Out: Migrants and Refugees Trapped in Libya Face Crimes Against Humanity*, è stato presentato 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*: per un commento, 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), l'altra rivolta in particolare alla configurazione di possibili crimini di guerra, anche a carico dei leaders europei (autore del documento, dal titolo *War crimes against migrants and asylum seekers detained in Libya*, è la ONG *Strali - For strategic litigation*). In relazione ai profili di diritto penale internazionale relativi alla situazione dei migranti in Libia, cfr. poi nella nostra dottrina per prima F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.4.2018, e più di recente P. Scevi, *Crimini perpetrati contro migranti e rifugiati in Libia e giustizia penale internazionale. Una riflessione sui meccanismi di risposta*, in *AP*, 2020, n. 2, e i contributi dedicati a tale tematica negli atti del convegno dal titolo *Violazioni dei diritti umani a seguito della chiusura della rotta libica: i rimedi giurisdizionali e le responsabilità giuridiche dell'Italia e della Libia* (organizzato nel marzo 2019 a Tunisi da ASGI, ARCI e il *Cairo Institute for Human Rights*): C. Meloni, *Responsabilità giuridica innanzi alla corte penale internazionale contro la violazione dei diritti umani dei migranti in Libia*, e A. Whiffors, *Portare un caso di fronte alla Corte Penale Internazionale in relazione ai crimini commessi contro i migranti in Libia: le sfide* (gli atti sono disponibili sul sito *www.asgi.it*).

¹⁴ 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. Ass. Milano, 10.10.2017, in *www.penalecontemporaneo.it*, 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*,

Vos Thalassa, di cui al momento in cui si scrivono queste note non è ancora stata depositata la motivazione, che in riforma della sentenza d'appello¹⁵ ha riconosciuto la legittima difesa ai migranti che si erano opposti con la forza al comandante della nave *Vos Thalassa* il quale, dopo averli soccorsi in acque internazionali, li stava riportando verso la Libia; ed è sempre di queste ultime settimane la decisione del Tribunale di Napoli che ha condannato per il reato di abbandono di minori e incapaci ex art. 591 Cp e per quello di sbarco e abbandono arbitrario di persone ex art. 1155 c. nav. il capitano della nave italiana Asso 28 che, seguendo le indicazioni della Guardia costiera libica, aveva riportato a Tripoli i migranti soccorsi¹⁶. Senza ovviamente dimenticare la fondativa decisione sul punto della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi*, che ormai dieci anni fa aveva sancito l'illegittimità della prassi sino ad allora seguita dalla nostra Marina militare di riportare in Libia i migranti soccorsi o intercettati in acque internazionali, per violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Prot. 4 CEDU, ove sono vietate le espulsioni collettive¹⁷.

Esclusa dunque la possibilità di fare rotta verso la Libia, ed esclusa altresì l'ipotesi di dirigersi verso Malta (che nel caso di specie era troppo lontana, e che in ogni caso è solita da anni sottrarsi alle proprie responsabilità in materia di soccorsi in mare dalla Libia, adducendo la propria incapacità a fare fronte con le scarse risorse a disposizione a fenomeni di portata così ingente), o di sbarcare i naufraghi in Tunisia (che non può essere considerato un "place of safety", a tacer d'altro, per la mancanza di una legislazione e di un apparato efficiente in materia di tutela del diritto di asilo), l'Italia si presenta come la sola strada percorribile per i soccorritori per adempiere agli obblighi loro imposti dal diritto internazionale (le Convenzioni rilevanti in tema di diritto del mare sono appunto quelle citate dal GUP, ed in particolare la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, nota anche come SOLAS, acronimo di *Safety of life at sea*, del 1974, e la Convenzione sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, nota come SAR, acronimo di *Search and rescue*, del 1979).

Quanto poi al profilo, logicamente correlato, della legittimità della decisione del

Torino, 2018); Ass. app. Milano, 20.3.2019, con nota G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 1; Cass., sez. I, 4.3.2021, n.8861/2021, inedita. Per altre decisioni di condanna di torturatori operanti nei lager libici, cfr. G.i.p. 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 Cp). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, e Ass. Agrigento, 12.6.2018, inedita.

¹⁵ App. Palermo, 24.6.2020, n., 1525, in *Sist. pen.*, 21.7.2020, con nota di L. Masera, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, e in *QuestG*, 23.7.2020, con nota di A. Natale *Il caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*; la sentenza di primo grado aveva invece concluso in senso opposto, riconoscendo la legittima difesa ai responsabili dell'ammutinamento: cfr. T. Trapani, 3.6.2019, con note di L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.6.2019, e C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1.

¹⁶ T. Napoli, 30.12.2021, n. 25729/18, disponibile nella rassegna di diritto penale in *Dir. imm. citt.*, 2022, n. 1.

¹⁷ C. eur., GC, *Hirsi Jamaa c. Italia*, n. 27765/09, 23.2.2012.

Ministro dell'interno di negare l'approdo in Italia alla nave della ONG, in applicazione della nuova normativa in materia introdotta proprio il giorno prima dal Governo¹⁸, il GUP si limita a constatare che la natura sovraordinata della disciplina applicabile ai soccorsi in mare rendeva il decreto ministeriale di divieto di ingresso in acque nazionali inidoneo ad incidere sugli obblighi cui era tenuto ad adempiere il capitano. In realtà, il problema della legittimità e della rilevanza della recentissima modifica normativa, comunque di rango primario, avrebbe forse meritato qualche riflessione ulteriore¹⁹. L'argomento della gerarchia delle fonti accennato nel provvedimento del GUP è peraltro di primaria importanza, soprattutto perché nel dibattito pubblico che aveva accompagnato la vicenda era stato dato grande risalto alle dichiarazioni del Ministro dell'interno, che a più riprese aveva dichiarato di aspettarsi l'arresto della capitana Rackete, colpevole di avere violato il divieto ministeriale di ingresso in acque italiane. Di fronte a dichiarazioni del Ministro che sovvertivano la più elementare logica di un sistema penale liberale, individuando come fatto di per sé meritevole dell'arresto il mancato rispetto di un provvedimento amministrativo, è importante il rapido ma significativo cenno del provvedimento alla necessità per il giudice penale di verificare anzitutto la legittimità del provvedimento amministrativo violato, oltre che di individuare le specifiche figure di reato, punite con limiti edittali idonei a giustificare l'arresto, che risulterebbero integrate dalla condotta violatrice dell'ordine amministrativo.

Proprio l'analisi delle specifiche contestazioni poste a base dell'arresto è ora l'ultimo passaggio su cui è opportuno soffermare l'attenzione. Abbiamo già notato sopra la scelta della Procura di non porre a base dell'arresto né ovviamente la violazione del divieto ministeriale di ingresso, punito con la sola sanzione amministrativa, né il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che ricorre nei procedimenti a carico delle ONG. La Procura agrigentina aveva in effetti già avuto modo nei mesi precedenti di occuparsi della illegittimità della strategia dei porti chiusi, non iscrivendo nel registro degli indagati i capitani che avevano sbarcato in Italia i migranti soccorsi benché dal ministero non fosse pervenuta l'autorizzazione all'attracco. Nel caso in questione, tuttavia, la capitana aveva usato la forza derivante dalle superiori dimensioni del proprio natante per superare il blocco della Guardia di finanza, e la Procura ritiene che tale condotta vada oltre quanto imposto al capitano dalla legge del mare, integrando gli estremi delle due figure di reato evidenziate sopra. Se l'esclusione del reato previsto dal codice della navigazione è motivata per ragioni

¹⁸ Come si ricorderà, il cd. decreto Salvini-bis, che ha formalmente attribuito al Ministro dell'interno il potere, prima esercitato in via di prassi, di vietare l'ingresso in acque nazionali a imbarcazioni che avessero soccorso stranieri irregolari, è stato approvato dal Governo il 14.6.2019, e il giorno successivo il Ministro Salvini dirama il divieto di ingresso per la Sea Watch 3.

¹⁹ Per alcune considerazioni riguardo alla legittimità della disciplina in materia di divieto di ingresso in acque nazionali introdotta dal decreto Salvini-bis, cfr. gli autori citati *supra*, nota 8.

qui di poco interesse (il GUP, come si ricorderà, esclude che la nave della Guardia di finanza coinvolta nella vicenda possa qualificarsi come nave da guerra ai sensi della disposizione richiamata), significativa è invece la decisione di ritenere sussistenti gli estremi della resistenza a pubblico ufficiale, ma di reputare il fatto tipico scriminato ex art. 51 Cp dall'adempimento del dovere di sbarcare in un *place of safety* i naufraghi soccorsi in mare. Non viene riconosciuto lo stato di necessità, cui spesso fa riferimento la giurisprudenza per escludere la rilevanza penale a titolo di favoreggiamento della condotta delle ONG, ma si ritiene configurarsi a carico della capitana la scriminante più forte dell'art. 51 Cp, che esprime la sussistenza non di una mera facoltà, come l'art. 54 Cp, ma di un vero e proprio obbligo di portare le persone soccorse in un luogo sicuro, e dunque, nel caso specifico, un obbligo di resistere all'autorità al fine di adempiere a tale dovere.

Neppure la linea rossa tracciata dalla Procura nel ritenere penalmente illecito l'opporci con la forza all'autorità viene dunque ritenuta invalicabile dal GIP, per cui addirittura la capitana non aveva solo la facoltà, ma addirittura il dovere di opporsi alla Guardia di finanza per sbarcare i naufraghi soccorsi in mare: una decisione forte, che come ovvio ha suscitato reazioni di segno diverso²⁰, ma che peraltro, come ci accingiamo a verificare, ha trovato pieno riscontro in sede di legittimità²¹.

2.3. Mentre riguardo alla decisione di negare la misura cautelare non viene proposta impugnazione, la Procura di Agrigento decide di avanzare ricorso in cassazione rispetto alla mancata convalida dell'arresto, adducendo tre motivi: il primo riguardava l'illogicità-contraddittorietà della motivazione relativa alla legittimità dell'arresto; il secondo l'esclusione (erronea secondo la Procura) della qualifica di nave da guerra alla motovedetta della Guardia di finanza; il terzo infine la presunta illogicità e contraddittorietà della motivazione in merito alla sussistenza della scriminante dell'art. 51 Cp.

Proprio quest'ultimo motivo è in effetti quello di maggiore importanza sotto il profilo generale, trattandosi della prima occasione in cui il Supremo collegio era chiamato ad esprimersi in ordine alla legittimità della prassi di negare lo sbarco alle navi delle ONG in attuazione della politica governativa dei porti chiusi. Il passaggio

²⁰ Per una critica anche molto decisa del provvedimento del GIP, cfr. in particolare i lavori di V. Valentini e M. Ronco citati alle note 10 e 21.

²¹ Cass., sez. III, 16.1.2020, n. 6626, con note tra gli altri di F. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giur. pen. web.*, 2020, n. 4; M. Ronco, *L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di libertà, sicurezza e giustizia e l'obbligo di lealtà nel rapporto tra gli organi dello Stato*, in *AP*, 2020, n. 1; C. Santoriello, *Caso Sea Watch ovvero la truffa delle etichette: è "politica" la decisione che non si condivide (o che non si comprende)...*, in *AP*, 2020, n. 1; S. Zirulia, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sist. pen.*, 24.2.2020; L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *QuestG*, 26.2.2020; F. Parisi, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *FI*, 2020, II, 310 ss.

della motivazione relativo al motivo che ci interessa è assai breve, trattandosi di una dichiarazione di inammissibilità dello stesso, in quanto “si propone una censura che si pone fuori dal perimetro del sindacato del giudice sulla non convalida. Quest’ultimo resta delineato, come lo stesso ricorrente evidenzia nel primo motivo di ricorso, al controllo di ragionevolezza dell’operato di coloro che hanno eseguito l’arresto in flagranza. Non rilevano quindi valutazioni alternative dei fatti e diverse interpretazioni delle fonti normative, ai fini della configurazione e dei confini della causa di giustificazione di cui all’art. 51 Cp, oppure prospettazioni alternative in ordine all’adempimento del dovere di soccorso e alla sua ampiezza, fondate su una interpretazione diversa della nozione di ‘*place of safety*’ contenuta nella Convenzione di Amburgo, che ne delinea peraltro puntualmente l’ambito e i confini”.

Benché quindi la Cassazione decida di non entrare nel merito della sussistenza dei requisiti di cui all’art. 51 Cp, si desume almeno *a contrario* che non sono ritenuti sussistenti elementi di palese irragionevolezza dell’argomentazione del GIP. Considerato poi come in un altro passaggio, relativo al primo motivo di ricorso, la Corte avesse ripreso, in senso adesivo alla decisione impugnata, la questione dell’individuazione del porto sicuro come *obbligo* incombente sul capitano ai sensi del diritto internazionale del mare²², il provvedimento può essere sicuramente interpretato come la prima conferma che anche per la Cassazione la politica dei porti chiusi è da reputarsi illegittima, ponendosi in contrasto con il dovere per chi abbia effettuato i soccorsi di condurre in un luogo sicuro le persone salvate in mare.

2.4. Conclusa la fase (pre-)cautelare, i due procedimenti nei confronti di Carola Rackete (come si ricorderà, la Procura di Agrigento aveva aperto un primo procedimento in relazione ai reati per i quali era stata chiesta la convalida dell’arresto, ed un secondo per il reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare) non aggiungono elementi di novità al quadro appena delineato.

Per quanto riguarda il procedimento per i reati oggetto del giudizio cautelare, la

²² Secondo la Cassazione, «non si potrebbe ritenere, come argomenta il ricorrente, che l’attività di salvataggio dei naufraghi si fosse esaurita con il loro recupero a bordo della nave. L’obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione internazionale SAR di Amburgo, non si esaurisce nell’atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l’obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (cd. *place of safety*)». La Corte rammenta poi la nozione di porto sicuro contenuta nelle Linee guida del 2004 alla Convenzione SAR, per cui “un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio, cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale”. Alla luce di tale nozione, la Corte conclude che «non può quindi essere considerato “luogo sicuro” una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. Né può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave».

Procura ne ha chiesto l'archiviazione semplicemente dichiarando di dover aderire ai principi affermati dalla Cassazione nella decisione di mancata convalida dell'arresto, e il GIP a sua volta si limita a fare proprie le conclusioni della Procura²³.

Più articolata, non avendo un giudicato cautelare cui conformarsi, è l'archiviazione, recentissima, per l'altro filone di indagine (avente ad oggetto i reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ex art. 12 TUI, e di rifiuto di obbedienza a nave da guerra, ex art. 1099 cod. nav.), che peraltro in buona sostanza ripercorre ancora i passaggi logici che già aveva indicato il GIP nella prima decisione di mancata convalida dell'arresto per i reati oggetto del procedimento già concluso²⁴.

Per quanto riguarda la contestazione ex art. 12 TUI, i magistrati agrigentini, constatato come il porto di Tripoli non potesse essere considerato un *place of safety* ove riportare i migranti, così come non potesse più ritenersi un luogo sicuro la nave, in considerazione del numero ingente di naufraghi a bordo e del lungo lasso temporale in cui gli stessi vi erano stati ricoverati, esclude la sussistenza del reato in quanto la condotta di condurre in Italia i migranti soccorsi in mare deve ritenersi scriminata dalla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 Cp. In ordine poi all'ipotesi di reato di cui all'art. 1099 cod. nav., si rileva come il divieto di ingresso in acque nazionali emanato dal Ministro dell'interno, per la cui esecuzione era intervenuta la Guardia di finanza, non contenesse elementi tali da giustificare la qualificazione come non inoffensivo dell'ingresso della Sea Watch 3 in acque territoriali, che invece anche secondo la novella introdotta con decreto-legge era da ritenersi elemento necessario per negare l'ingresso²⁵, e pertanto il provvedimento ministeriale non potesse considerarsi idoneo a paralizzare l'obbligo gravante sul capitano di sbarcare i soccorsi. Per entrambi i reati, la Procura chiede conclusivamente l'archiviazione in quanto scriminati "sia dallo stato di necessità che dall'adempimento di un dovere", e il GIP accoglie la richiesta senza precisare su quale scriminante (o su entrambe) ritenga di fondare la propria decisione.

2.5. Proprio quando stavamo ultimando la stesura di queste note, è giunta notizia che gli sviluppi giudiziari del caso Rackete non sono terminati. È della seconda metà di marzo, infatti, la comunicazione sulla stampa che la Procura di Milano ha disposto la citazione diretta a giudizio per il reato di diffamazione, con fissazione

²³ Cfr. Proc. Agrigento, 19.1.2021, e G.i.p. Agrigento, 14.4.2021, entrambe disponibili nella rassegna di giurisprudenza penale pubblicata in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 2.

²⁴ Sia la richiesta di archiviazione della Procura (del 29.10.2021) che il provvedimento di archiviazione del GIP (del 20.12.2021, che si limita a richiamare integralmente gli argomenti della Procura) sono disponibili nella rassegna di giurisprudenza penale di *Dir. imm. citt.*, 2022, n. 1.

²⁵ Per qualche considerazione relativa a questo specifico aspetto della decisione, cfr. in particolare I .Papanicolopulu, *Porti chiusi e mari aperti: la recente decisione del Gip di Agrigento sul caso Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, in corso di pubbl.

dell'inizio del processo il 9 giugno prossimo, nei confronti dell'ex Ministro Salvini, in relazione alle espressioni usate dallo stesso nei confronti della Rackete nei giorni precedenti e successivi al noto episodio. Come abbiamo riferito sopra, la campagna mediatica del Ministro dell'interno contro l'operato delle ONG aveva raggiunto il suo apice di virulenza proprio durante l'episodio che ha visto coinvolta la Rackete (additata sui media con appellativi, riportati nel decreto di fissazione del giudizio, quali "criminale, delinquente, sbruffoncella comunista tedesca, pirata che ha cercato di uccidere marinai italiani, complice di assassini" ecc.²⁶), e sarà il prossimo dibattimento milanese a valutare se tali espressioni, difficili da non ritenere lesive della reputazione della capitana, fossero o meno coperte dall'esercizio del diritto di espressione e di critica politica.

Nella denuncia-querela dei legali della Rackete, da cui ha avuto origine il procedimento per diffamazione, era stato altresì ipotizzato che le medesime condotte di Salvini integrassero anche gli estremi del reato di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 Cp, posto che le espressioni del Ministro sarebbero state idonee a provocare la commissione di ulteriori delitti di diffamazione, esponendo altresì la Rackete al rischio di atti di aggressione fisica, considerati gli innumerevoli commenti offensivi e minatori apparsi sul web in adesione alle dichiarazioni del Ministro. Con provvedimento del maggio scorso il GIP milanese ha tuttavia archiviato tali accuse (su richiesta conforme della Procura), ritenendo che «le parole usate dal sen. Matteo Salvini non contengono alcuna espressione, parola idonea ad incoraggiare, ad istigare in concreto gli utenti a commettere condotte delittuose nei confronti della Rackete. I susseguenti e molteplici post in rete degli utenti – dai contenuti gravemente offensivi e minacciosi – non possono pertanto essere ritenuti in alcun modo diretta conseguenza delle espressioni proferite dall'indagato»²⁷.

3. Se la vicenda Rackete rappresenta il *leading case* della stagione dei porti chiusi e della criminalizzazione dei soccorsi, la sua conclusione è coerente con il quadro complessivo che negli ultimi mesi sta andando a delinearsi rispetto ai molti procedimenti aperti a partire dal 2017 presso varie Procure siciliane²⁸.

Con un'unica eccezione, su cui torneremo tra poco, tutte le indagini avviate nei confronti delle ONG per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si sono sinora concluse prima della fase dibattimentale, con la richiesta delle Procure di archiviare le contestazioni. Un recente studio della *Fundamental Rights Agency*, che dà conto dei

²⁶ Proc. Milano, 31.7.2020, inedita.

²⁷ G.i.p. Milano 17.5.2021, inedito.

²⁸ Per un quadro di tali procedimenti, cfr. in particolare l'approfondita analisi di S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto – Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *DPenCont*, 2020, n. 3, 147 ss.

procedimenti aperti in diversi Stati dell'Unione nei confronti delle ONG che svolgono attività di *search and rescue* nel Mediterraneo, rileva per il nostro Paese l'apertura di 28 procedimenti, 18 dei quali già conclusi con l'archiviazione, e gli altri pendenti in fase di indagini²⁹.

Le motivazioni delle archiviazioni (almeno quelle che ci è stato possibile visionare) ripercorrono invariabilmente il percorso argomentativo sviluppato sopra. Già a partire dalle prime decisioni cautelari, che rigettano le richieste di sequestro delle Procure, il perno del ragionamento è il riscontro, ai sensi del diritto nazionale e internazionale che regola i soccorsi in mare, di un dovere per il capitano della nave che abbia preso a bordo persone trovate in pericolo di condurle appena possibile in un *place of safety*; l'eventuale divieto di sbarco illegittimamente opposto dall'autorità amministrativa non può fare venir meno tale dovere, il cui esercizio scrimina gli eventuali reati commessi al fine di adempierlo.

L'individuazione della scriminante da ritenere applicabile non è in realtà univoca. Se risulta diffuso l'inquadramento come adempimento di un dovere, percorso proprio dalle decisioni relative alla vicenda Rackete, sono numerosi i provvedimenti che invece fanno riferimento allo stato di necessità, o che, come la richiesta della Procura di Agrigento riferita appena sopra, ritengono indifferente il ricorso all'una o all'altra esimente. In effetti, una volta constatato che, nel diritto del mare, il soccorso a chi è in pericolo non è più solo una facoltà, riconosciuta dall'art. 54 Cp come idonea a scriminare l'eventuale commissione di un reato, ma un vero e proprio dovere gravante sul capitano della nave, il riconoscimento dell'una o dell'altra scriminante, che pure hanno in astratto requisiti diversi (quelli di cui alla norma codicistica, lo stato di necessità; i doveri incombenti sul capitano ai sensi della normativa sui soccorsi in mare, l'adempimento di un dovere), risulta in sostanza equivalente. Una argomentazione rigorosa dovrebbe in verità riconoscere l'art. 51, che imponendo un obbligo e non una facoltà risulta prevalente rispetto all'art. 54, tutte le volte in cui il diritto del mare fondasse, nelle circostanze date, un vero e proprio obbligo per il capitano di tenere la condotta costituente reato; mentre l'art. 54 sarebbe da riconoscere nelle (ipotetiche) situazioni ove tale obbligo non sussistesse, ma fossero comunque integrati gli estremi del soccorso di necessità codicistico. Ma il concreto sovrapporsi delle due scriminanti nei casi oggetto dei procedimenti qui allo studio rende ragione dello scarso interesse mostrato dalla giurisprudenza nel delimitare con acribia il ricorrere dell'una o dell'altra scriminante.

²⁹ Cfr., sul sito della FRA, il documento del 17.12.2021 *Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights*, ed in particolare la Tabella n. 2 (*Legal proceedings by EU Member States against private entities involved in SAR operations in the Mediterranean Sea*): oltre all'Italia, gli altri Stati membri presi in considerazione sono la Spagna (con un procedimento archiviato ed uno in corso), la Germania (2 archiviazioni), i Paesi Bassi (2 archiviazioni), Malta (4 archiviazioni e un procedimento aperto) e la Grecia (un'archiviazione e due procedimenti pendenti).

L'unico procedimento per il quale è stato chiesto il rinvio a giudizio degli indagati non mette poi in discussione la solidità dell'impianto argomentativo appena riferito. Il caso che verrà discusso in sede di udienza preliminare davanti al GUP di Trapani riguarda infatti alcune vicende molto particolari in cui, secondo l'ipotesi accusatoria, gli equipaggi delle navi umanitarie si sarebbero accordati con i trafficanti che gestiscono le partenze dalla Libia per ricevere a bordo i migranti, senza che gli stessi si trovassero in una situazione di pericolo di naufragio, e restituendo poi in diversi casi agli scafisti le imbarcazioni usate per il trasbordo. Sarà eventualmente l'indagine dibattimentale a verificare la fondatezza fattuale di tale ricostruzione, e in diritto non mancano comunque argomenti per sostenere che, considerate le tragiche condizioni da cui fuggono i migranti rinchiusi nei *lager* libici, anche in ipotesi di "consegne concordate", come quelle in discussione nel procedimento trapanese, potrebbe trovare spazio la scriminante dello stato di necessità, l'approdo in Italia rappresentando per i migranti l'unica strada per sottrarsi alla tragica realtà di atroci violenze dei campi di detenzione ove si trovavano rinchiusi³⁰. In ogni caso, e per quanto qui di interesse, nel procedimento che si svolgerà a Trapani non è in discussione la legittimità delle ipotesi "normali" di intervento delle ONG, che conducono sulle coste italiane soggetti soccorsi in condizioni di pericolo in mare.

Tanto rumore per nulla, allora? Innumerevoli articoli sulla stampa, e interventi in Parlamento, per discutere della legittimità dell'operato delle ONG nel Mediterraneo, e dopo cinque anni dall'emergere della questione, la vicenda più nota e significativa, in cui la capitana Rackete era arrivata sino ad usare la forza per sbarcare in Italia i soccorsi, si è chiusa definitivamente con l'archiviazione di ogni addebito, così come si stanno concludendo con l'archiviazione la gran parte dei procedimenti ancora aperti. Nei prossimi mesi avremo modo di verificare gli esiti dei procedimenti non ancora conclusi, ma se come prevedibile si chiuderanno come quelli che li hanno preceduti, possiamo parlare di una criminalizzazione soltanto politico-mediatica dell'attività di *search and rescue* svolta dalle ONG, che non ha trovato corrispondenza in sede giudiziaria?

Una simile conclusione, se risulta sicuramente corretta nel fornire la fotografia di quanto è successo, manca però di evidenziare un dato che invece merita di essere posto all'attenzione. Le vicende giudiziarie, per quanto non abbiano in sostanza condotto a nulla, hanno inciso moltissimo nel processo di costruzione mediatica della narrazione che ha portato nel giro di pochi mesi gli operatori umanitari a passare nel

³⁰ Per una più distesa argomentazione di tale tesi, secondo cui il pericolo attuale di un danno grave alla persona rispetto al quale è da valutare la necessità e la proporzione della condotta sarebbe rappresentato in questi casi non da un inesistente pericolo di naufragio, ma dal pericolo per i migranti portati a bordo della nave della ONG di fare altrimenti ritorno alle torture dei campi libici, cfr. L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG*, cit., 36 ss.

dibattito pubblico “da eroi a trafficanti”³¹. Erano state proprio le ripetute dichiarazioni ai media del Procuratore della Repubblica di Catania, che nella primavera 2017 aveva dato notizia di indagini in corso da cui sarebbero emersi contatti tra le ONG e le organizzazioni criminali operanti in Libia (indagini che, inutile ripeterlo, non hanno infine portato ad alcun risultato processualmente significativo), a dare impulso alla campagna mediatica contro “i taxi del mare”; quando dopo pochi mesi il Governo Gentiloni aveva varato il cd. “codice di condotta” per le ONG SAR (che rappresenta il primo, esplicito, momento di contrasto alle attività di soccorso)³², le inchieste (vere o presunte) a carico di alcune ONG hanno rappresentato un elemento centrale nelle argomentazioni dell’allora Ministro dell’interno Minniti³³. Così come il riferimento al carattere illecito e criminale delle operazioni portate avanti dalle navi delle ONG ricorreva incessante nei discorsi dell’immediato successore di Minniti al Viminale, Salvini, che dall’apertura di ogni inchiesta a carico delle stesse traeva elementi per rappresentarne i componenti come delinquenti, che con arroganza ideologica si sarebbero opposti alle sue legittime direttive.

Poco importa, in questa prospettiva, che le inchieste non abbiano portato a nessun risultato. Come abbiamo appena visto, in sede giudiziaria non vi è stato neppure bisogno di giungere alla fase dibattimentale dei procedimenti aperti nei confronti delle ONG, per archiviarne le accuse e affermare al contempo il carattere illegittimo dei divieti di ingresso opposti dal Ministro dell’interno. Eppure, le notizie dell’avvio delle inchieste hanno prodotto effetti molto significativi, sia nel diffondere un clima di sospetto e di diffidenza nei confronti delle ONG del mare, sia nel rendere di conseguenza per le stesse più difficile svolgere la propria missione.

Si è verificato esattamente quel fenomeno che gli anglosassoni definiscono *chilling effect* (lett.: *effetto di congelamento*), cioè l’effetto di scoraggiare il compimento di una condotta lecita, per il timore di possibili conseguenze legali³⁴. Un esempio ricorrente nella letteratura americana in argomento riguarda la libertà di espressione, e l’effetto di auto-inibizione nell’espressione del pensiero che può derivare da un

³¹ Così si intitolava un lavoro di commento alle prime inchieste a carico delle ONG: P. Barretta, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *QuestG*, 4.7.2017.

³² Sul cd. codice di condotta per le ONG varato dal Ministro dell’interno Minniti, cfr. le critiche mosse nella *Posizione sulla bozza di “Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare”* (a cura di C. Pitea e S. Trevisanut) pubblicato sul sito di ASGI il 25 luglio 2017, ed il commento alla sua definitiva approvazione pubblicato il 1 agosto; per ulteriori spunti di riflessione, cfr. i lavori di I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., imm., citt.*, 2017, n. 3, p. 22. ss., e F. Ferri, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2018, n. 1, p. 189 ss.

³³ Per una ricostruzione delle vicende, giudiziarie e non, in cui si è estrinsecato il processo di criminalizzazione delle ONG, cfr. ancora L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG*, cit.

³⁴ Nella letteratura italiana, per un’approfondita ricostruzione di tale categoria, cfr. la monografia di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, il cui cap. IV (252 ss.) è proprio intitolato *La dottrina del chilling effect*.

contesto ordinamentale incline a sanzionare le opinioni poco gradite. Allo stesso modo, è indiscutibile che il passaggio da un clima di collaborazione e di reciproco sostegno in mare tra le ONG e le autorità italiane, cui abbiamo assistito sino al 2017, ad un clima di aperto contrasto da parte del Governo, accompagnato dall'apertura di inchieste in sede penale, abbia inciso drasticamente sul numero di soggetti disponibili a continuare l'attività di soccorso³⁵. Dalle numerose unità pre-2017 (in cui collaboravano con la Guardia costiera italiana nei soccorsi anche una ventina di navi umanitarie), si è passati negli anni successivi a periodi in cui erano in mare al massimo 1 o 2 navi, sino ad oggi in cui, poste alle spalle le asprezze della politica dei porti chiusi, sono tornate ad alternarsi nell'attività SAR circa una decina di ONG.

Nel caso che ci riguarda, un fattore importante di questo effetto è senz'altro rappresentato dall'attuale, discutibile formulazione della fattispecie applicabile in tali procedimenti, cioè dell'art. 12 TUI. Già la constatazione che l'archiviazione degli addebiti a carico delle ONG debba passare dal riconoscimento di una causa di giustificazione evidenzia la sostanza del problema. La disciplina del favoreggiamento all'immigrazione irregolare formulata dall'art. 12 TUI prevede che il fine di profitto costituisca soltanto un'aggravante (prevista al co. 3-ter lett. b dell'art. 12), ma il fatto tipico di reato risulti integrato da ogni condotta diretta a favorire l'ingresso in Italia di stranieri irregolari, quale che sia la motivazione, in ipotesi anche meramente solidaristica, che abbia mosso l'agente. Il fatto di sbarcare in Italia migranti irregolari integra dunque di per sé gli estremi della fattispecie-base di favoreggiamento (art. 12 co. 1), e la condotta delle ONG risulta non punibile solo perché tali migranti erano al contempo naufraghi soccorsi in una situazione di pericolo in mare, che secondo il diritto internazionale il capitano della nave aveva il dovere di sbarcare in un porto sicuro. È allora la stessa configurazione della norma incriminatrice a trasmettere un messaggio *chilling* rispetto alle attività di soccorso in mare. Con le proprie categorie dogmatiche, la legge penale comunica alle ONG il messaggio che stanno realizzando un fatto tipico di reato, scriminato solo ove emerga che i migranti sono stati soccorsi in una situazione di pericolo; ben diverso sarebbe il messaggio se la norma incriminatrice vedesse tra i propri requisiti costitutivi il dolo specifico di (ingiusto) profitto (come la fattispecie-sorella del favoreggiamento del soggiorno irregolare, previsto all'art. 12 co. 5 TUI), e la non punibilità di condotte prive di alcuna finalità lucrativa non fosse quindi subordinata al riconoscimento di alcuna scriminante. La percezione diffusa di un rischio penale in capo agli operatori umanitari (anche se non giuridicamente motivata, quando sia stata effettuata una reale attività di soccorso in mare) è in primo luogo determinata dalla scelta del nostro legislatore di punire con

³⁵ Per una declinazione del *chilling effect* nel contesto qui in analisi, oltre al lavoro di N. Recchia appena citato, cfr. anche S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., 167 ss.

significative sanzioni detentive anche condotte che non sono mosse da alcun motivo lucrativo o profittatorio³⁶.

Se è fuor di dubbio il ruolo determinante del formante legislativo, l'atteggiamento di alcune Procure ha poi contribuito a estendere l'ombra di illiceità che ha macchiato l'attività umanitaria. Tanti procedimenti per l'art. 12 TUI sono stati aperti nei confronti delle ONG SAR, e nella gran parte dei casi sono state le stesse Procure a chiedere l'archiviazione degli addebiti: la domanda se davvero tutti quei procedimenti fossero da avviare non può essere elusa. È ovvio che ogni vicenda fa caso a sé, e probabilmente vi erano delle ragioni perché, alla luce di specifiche contingenze di fatto, fosse giustificata l'apertura di un'indagine per verificare le effettive modalità in cui era avvenuto il trasbordo dei naufraghi-migranti sulle navi umanitarie. E tuttavia, una maggiore consapevolezza da parte degli organi inquirenti in ordine agli effetti che anche la sola notizia dell'apertura di un'indagine poteva provocare in un contesto sensibile come quello in esame, avrebbero dovuto in molti casi consigliare almeno una maggiore prudenza nella comunicazione all'esterno. Se fosse stato veicolato all'opinione pubblica (dalla magistratura ma anche dalla comunità dei giuristi nel suo complesso) il messaggio chiaro, che le attività di soccorso in mare e il successivo sbarco dei naufraghi in un luogo sicuro sono condotte certamente lecite (e anzi doverose), anche se compiute in presenza di un divieto di accesso in Italia da parte dell'autorità amministrativa, l'apertura di indagini in casi particolari (si consideri comunque che, dai dati riferiti sopra, i procedimenti avviati nei confronti delle ONG sono stati una trentina, a fronte delle centinaia di casi di soccorso in mare e di trasporto in Italia dei naufraghi cui abbiamo assistito negli ultimi anni) avrebbe avuto senz'altro un "effetto di congelamento" meno significativo di quello cui abbiamo invece assistito.

4. Se i procedimenti a carico delle ONG si sono quasi tutti chiusi (o si stanno chiudendo) con l'archiviazione, abbiamo già visto sopra nel paragrafo introduttivo come, proprio in relazione ad un episodio "tipico" della strategia dei porti chiusi, sia invece aperto in sede dibattimentale presso il Tribunale di Palermo un procedimento per i reati di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio a carico dell'ex Ministro dell'interno; mentre in relazione alla specifica vicenda di Carola Rackete, Salvini è sotto processo a Milano per il reato di diffamazione. Senza entrare nel merito delle due vicende processuali, la cui complessità (specie ovviamente la prima) meriterebbe una autonoma riflessione, vogliamo ora prendere da queste le mosse per articolare alcuni spunti di portata generale su questo inconsueto ribaltamento di prospettiva, in cui i naufraghi-migranti e gli operatori umanitari da possibili indiziati di reato diventano i

³⁶ Per una più ampia riflessione in ordine alle criticità in materia di soccorsi in mare derivanti dall'attuale formulazione dell'art. 12 TUI, e anche per una critica alla legittimità costituzionale e convenzionale della norma, cfr. in particolare S. Zirulia, *Non c'è smuggling*, cit., cui rinviamo anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

soggetti tutelati dall'intervento della giustizia penale.

Per quanto concerne il processo in corso a Palermo, e a prescindere da quale ne sarà l'esito, ovviamente ancora quanto mai incerto, dall'analisi delle numerose decisioni relative ai procedimenti a carico delle ONG che abbiamo condotto sopra, emerge univocamente la constatazione che la strategia dei porti chiusi era illegittima, perché contraria al diritto interno e internazionale in materia di soccorsi in mare. Impedire per diversi giorni alle navi dei soccorritori (non importa se ONG o navi militari italiane) di sbarcare in Italia i naufraghi-migranti, lasciandoli in condizioni precarie sulle navi che li avevano salvati, in modo da avere una maggiore forza contrattuale nelle trattative con l'Unione europea e con i singoli Stati membri per la redistribuzione dei nuovi arrivati: a questo, in sostanza, si riduceva la politica dei porti chiusi, alla strumentalizzazione politica e mediatica della libertà dei migranti soccorsi in mare, che per poter sbarcare in Italia dovevano in sostanza essere "riscattati" dagli Stati europei che accettavano di farsene carico. Il procedimento palermitano ci dirà se la condotta del Ministro che ha implementato tale sistema sia penalmente rilevante, ma la sua illegittimità ai sensi del diritto del mare e del diritto internazionale dei diritti umani è già stata affermata da quasi tutti i numerosi magistrati italiani, che a vario titolo, e per varie ragioni, hanno avuto modo di occuparsene.

Per mesi quindi il Ministro dell'interno ha condotto una politica illegittima, di cui è ora sotto indagine la rilevanza penale; ma evidentemente, per dare attuazione concreta alle sue politiche, il Ministro si è avvalso della struttura amministrativa del suo dicastero, a partire dal Capo di gabinetto e dai direttori dei dipartimenti competenti, sino ad es. ai militari della Guardia della finanza (come nel caso Rackete) per dare fisicamente attuazione al divieto di ingresso. Nei diversi procedimenti instaurati nei confronti del Ministro Salvini (sia quello in corso a Palermo, sia quelli già conclusi: il caso Diciotti, con la richiesta di autorizzazione a procedere respinta dal Senato, e il caso *Open Arms*, con l'archiviazione disposta dal GIP di Catania) gli organi inquirenti hanno individuato come unico indagato il Ministro, sull'implicito presupposto (ci pare agevole supporre) che i responsabili dell'attuazione delle direttive ministeriali potessero invocare come esimente l'aver adempiuto ad un ordine che ritenevano legittimo; ma la questione ci pare meritare una pur brevissima riflessione.

In relazione ai primi casi di applicazione della strategia governativa, pare in effetti difficile negare in capo agli esecutori degli ordini del Ministro la legittima convinzione che si trattasse di una scelta certo politicamente discutibile, ma che rientrava nei suoi poteri, e a cui dunque la struttura amministrativa era tenuta ad adempiere anche qualora il singolo funzionario non la condividesse. Dopo il caso Diciotti, in cui il Tribunale dei ministri di Catania aveva qualificato come penalmente rilevante la condotta del Ministro e il procedimento si era arrestato solo in ragione della scelta

politica del Senato di negare l'autorizzazione a procedere, già il ragionamento diventa più discutibile: i funzionari chiamati a implementare in altre occasioni la medesima strategia avrebbero dovuto far valere davanti al Ministro il rischio penale cui li esponeva l'ordine che erano chiamati ad adempiere, anche se di fronte a una sola (o comunque) a poche decisioni di merito che qualificavano come illegittima la strategia dei porti chiusi è difficile qualificare come manifestamente criminoso l'ordine del Ministro, e di conseguenza ritenere che essi avrebbero dovuto rifiutarsi di eseguire le sue direttive. Dopo però la sentenza della Cassazione sul caso Rackete, che ha qualificato come legittima l'opposizione della capitana alle iniziative della Guardia di finanza, la bocciatura dei divieti di ingresso ha trovato conferma anche in sede di legittimità, e ciò non può non rilevare in ordine alla valutazione della responsabilità (penale e disciplinare) di chi in ipotesi fosse chiamato in futuro a dare di nuovo vita alle prassi del Governo Conte 1.

Ovviamente non ha senso addentrarsi nell'analisi di scenari meramente ipotetici, che peraltro ci auguriamo non debbano verificarsi, e che comunque andrebbero risolti tenendo bene in considerazione innanzitutto il contenuto e la forma dell'ordine concretamente impartito, e le specifiche attribuzioni di ciascun soggetto coinvolto (con particolare attenzione alla sua qualità di civile o di militare e quindi alla diversa rigidità dell'obbedienza dovuta all'ordine del superiore gerarchico): sono questioni complesse, classiche della dogmatica delle cause di giustificazione, che non possiamo qui neanche cursoriamente affrontare. Il dato che in conclusione ci interessa evidenziare è come la scelta della magistratura inquirente di procedere solo nei confronti del Ministro non può e non deve essere letta come una de-responsabilizzazione dei pubblici agenti chiamati ad eseguirne le direttive, posto che proprio al contrario la facoltà di mettere in discussione un ordine illegittimo del proprio superiore (e la conseguente responsabilità qualora ciò non avvenga) rappresenta un tassello fondamentale per il corretto funzionamento dei pubblici poteri in un ordinamento democratico.

Un'ultima riflessione va infine dedicata alle vicende oggetto del procedimento per diffamazione in corso di svolgimento a Milano. L'escalation dei toni polemici del Ministro Salvini nei confronti delle ONG ha in effetti raggiunto nel caso di Carola Rackete livelli di aggressività davvero inusuali, pur in un dibattito in tema di immigrazione legittimamente acceso e dai toni aspri. I giudici milanesi hanno escluso che la condotta del Ministro integrasse gli estremi di un delitto contro l'ordine pubblico (imputazione che a carico di un Ministro dell'interno avrebbe rappresentato un fatto eccezionale se non unico), per ripiegare su un meno stigmatizzante delitto contro l'onore. Al di là tuttavia del profilo del danno alla reputazione della Rackete, l'elemento che rende la vicenda a nostro avviso particolarmente grave non è tanto la

violenza dei toni e delle accuse, ma il fatto che quei toni e quelle accuse siano stati proferiti dal Ministro dell'interno in carica. Il titolare del Viminale, che dispone direttamente delle forze di polizia, non può esprimersi in termini perentori in ordine alla responsabilità penale di un soggetto, rispetto al quale neppure è stato aperto un fascicolo di indagine: questa regola di condotta, che in termini più o meno stringenti era stata sempre osservata dai predecessori di Salvini (e lo sarà per fortuna dal suo successore e attuale Ministro), è stata nel caso Rackete come in molti altri casi ben noti alla cronaca platealmente disattesa dall'ex Ministro Salvini.

Proprio questo ulteriore profilo di offensività della condotta del Ministro Salvini, relativo appunto alla particolare qualifica soggettiva di colui che muoveva l'addebito di avere commesso dei reati, viene peraltro in rilievo in sede internazionale, in ragione di un ricorso depositato presso la Corte EDU nel gennaio 2019 (e comunicato al Governo nel dicembre 2021)³⁷ per una vicenda analoga a quella oggetto di valutazione a Milano, almeno sotto il profilo che ora ci interessa.

Si tratta del caso della *Vos Thalassa* cui abbiamo già fatto un breve cenno sopra: la vicenda dei naufraghi-migranti cui è stata riconosciuta dalla Cassazione la legittima difesa per essersi opposti con la forza al tentativo del capitano di riportarli in Libia. Il ricorso riguarda le dichiarazioni rese dai Ministri Salvini e Toninelli (Ministro dei Trasporti e delle Infrastrutture), che quando ancora la vicenda non si era conclusa, e dunque neppure era stato aperto alcun procedimento nei confronti dei responsabili dell'ammutinamento, si erano espressi in termini inequivoci in ordine alla loro colpevolezza: secondo i ricorrenti, tali dichiarazioni avrebbero comportato una violazione del principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU. Nelle "questions aux parties" che la Corte formula al momento di comunicare il ricorso al Governo, vengono testualmente riprese due espressioni del Ministro dell'interno (in una delle quali egli dichiarava che non avrebbe autorizzato lo sbarco sino a quando non avesse avuto la garanzia che "i delinquenti, che non sono rifugiati, non andranno in albergo ma in prigione prima di essere rispediti nel loro Paese"), e la Corte chiede al Governo ed ai ricorrenti di esprimersi in ordine alla compatibilità di tali espressioni con la presunzione di innocenza come interpretata dalla giurisprudenza in materia di art. 6 § 2, oltre che alla sussistenza nell'ordinamento interno di «*un recours, civil et/ou pénal, par lequel ils auraient pu invoquer de manière effective le droit à la présomption d'innocence dont ils se prévalent aujourd'hui devant la Cour*».

Anche alla luce della stessa giurisprudenza citata nelle *questions* dalla Corte³⁸, il ricorso ci pare fondato su argomenti molto solidi. I casi citati, e più in generale la maggior parte dei casi in materia di violazione della presunzione di innocenza per

³⁷ Ricorso n. 3925/19, reperibile sul sito della Corte EDU.

³⁸ Le *questions aux parties* fanno riferimento, per quanto riguarda la giurisprudenza relativa all'art. 6 § 2, a *Allenet de Ribemont c. France*, 10.2.1995, e a *Y.B. et al c. Turchia*, n. 48173/99 et 48319/99, 28.10.2004.

dichiarazioni di autorità pubbliche in sedi extra-processuali, fanno riferimento a casi di conferenze stampa rese dagli organi inquirenti all'esito di un'operazione di polizia, e il problema è sino a che punto le autorità possano spingersi nel presentare gli elementi raccolti come sufficienti per un giudizio di colpevolezza³⁹. Ci troviamo quindi di fronte a situazioni ben diverse da quella oggetto del ricorso nel caso *Vos Thalassa*, ove il Ministro dell'interno si era espresso con toni triviali ("li voglio vedere in manette, devono andare in galera") quando i migranti neppure erano ancora sbarcati in Italia, e dunque un procedimento neppure poteva essere stato avviato: la violazione della presunzione di innocenza, quando non un *quisque de populo*, ma il Ministro da cui dipendono gerarchicamente le forze di polizia del nostro Paese, dichiara senza mezzi termini che dei soggetti neppure indagati vanno "messi in galera", ci pare davvero difficile da negare. Nel caso in esame la violazione è poi ancora più eclatante visto l'esito finale del procedimento, che ha visto l'assoluzione dei due asseriti "delinquenti" in sede di legittimità, ma il dato non è di per sé decisivo ai fini del giudizio della Corte, la quale tra l'altro al momento della formulazione delle *questions* era a conoscenza della condanna della Corte d'appello, ma non della decisione assolutoria della Cassazione.

Se il ricorso supererà il vaglio dell'ammissibilità (come visto sopra nelle *questions*, la Corte pone in evidenza il problema non semplice dell'esaurimento dei ricorsi interni), è a nostro avviso molto probabile che la condotta dell'ex Ministro dell'interno conduca ad una condanna del nostro Paese. Al di là tuttavia dell'esito della vicenda a Strasburgo, rimane il dato che nei mesi in cui è stato al Viminale Salvini ha continuato ad utilizzare nei confronti delle ONG i toni virulenti che l'avevano contraddistinto nella campagna elettorale, con ciò sovvertendo una lunga tradizione di riserbo e di misura nell'uso delle parole da parte dei Ministri dell'interno, da cui in ragione della delicatezza istituzionale del proprio incarico è da sempre preteso un rigoroso *self-restraint*, specie su vicende di interesse giudiziario. Il procedimento in corso in sede europea ci rammenta che non si tratta solo di una questione di *bon ton* istituzionale, ma che è in gioco un valore fondamentale della nostra civiltà giuridica come la presunzione d'innocenza, e tale consapevolezza dovrebbe servire ad evitare che in un non augurabile futuro, ove un Ministro dell'interno usasse ancora una simile modalità di comunicazione, la gravità del fatto venga sminuita nel dibattito pubblico ad un problema di buona educazione, come accaduto nelle vicende che abbiamo analizzato in questo lavoro.

5. La chiusura in sede giudiziaria della vicenda-simbolo della stagione dei porti

³⁹ Per una rassegna della giurisprudenza in materia, cfr. per tutti R. Chenal, A. Tamiotti, *Art. 6*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012, 222 ss.

chiusi, inserita nel quadro più generale dei procedimenti conclusisi o ancora in corso per vicende simili, delinea un quadro certamente singolare: i soggetti che per mesi erano stati additati dal Ministro dell'interno come pericolosi criminali sono stati (quasi) tutti prosciolti già in sede di indagini preliminari, mentre è l'ex titolare del Viminale ad essere sotto processo in due diverse vicende (a Palermo per sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio, ed a Milano per diffamazione). Certamente si tratta di un quadro ancora quanto mai aperto, posto che come ricordato i procedimenti all'ex Ministro Salvini sono in corso di svolgimento in fase dibattimentale, ed a carico degli operatori umanitari è in fase di udienza preliminare un procedimento che vede diversi di essi come imputati: l'esito di tali procedimenti sarà decisivo per poter formulare un giudizio conclusivo in ordine alla valutazione penale delle vicende relative ai porti chiusi. Al momento in cui si scrivono queste note, tuttavia, la situazione è quella che abbiamo appena descritto (quasi tutti i procedimenti a carico delle ONG archiviati, con l'avvallo della tesi della legittimità del loro operato anche da parte della Cassazione, e due procedimenti in corso a carico dell'ex Ministro), ed in relazione a tale situazione abbiamo articolato le nostre riflessioni, pur nella consapevolezza che un mutamento di indirizzo da parte della giurisprudenza nei procedimenti in corso ben potrebbe stravolgere il quadro attuale.

Lo scenario che oggi si presenta al nostro sguardo si presta ad una lettura ambivalente. Da un lato può risultare confortante che, di fronte ad una strategia governativa che pure riscuoteva largo consenso nell'opinione pubblica, la magistratura non abbia avuto timore nell'affermarne a chiare lettere l'illegittimità ai sensi del diritto interno ed internazionale, stabilendo ancora una volta che i diritti fondamentali dell'individuo (in questo caso, il diritto al soccorso ed al *non refoulement*) non sono nella disponibilità della maggioranza politica di turno. D'altro canto, proprio il fatto che abbia trovato consenso una politica così gravemente lesiva dei diritti fondamentali, e sia stato necessario l'intervento *ex post* della magistratura penale per riaffermare la legalità violata, non può non suscitare preoccupazione in ordine all'effettiva penetrazione dei diritti fondamentali nella logica del nostro dibattito pubblico.

Proviamo a spiegarci meglio. Il tema della gestione del fenomeno migratorio, e anche il sotto-problema della gestione degli arrivi dalle coste meridionali del Mediterraneo, è una questione di grande complessità, che accompagnerà il dibattito pubblico del nostro Paese ancora per molto tempo. Su questioni di così ampio respiro è fisiologico che si confrontino, anche con toni aspri, diverse visioni del futuro, e i partiti politici hanno proprio il compito di rappresentare i sentimenti espressi dai consociati, e di proporre le politiche che ritengono più adeguate. In questo inizio di nuovo millennio prevale, a livello italiano ed europeo, un atteggiamento di chiusura e di timore rispetto agli arrivi di stranieri, specie se provenienti dall'Africa. Anche i

Governi che si sono succeduti dopo il Conte 1 hanno sì abbandonato i toni e le asprezze di quella stagione, ma l'atteggiamento di fondo rimane quello della "fortezza Europa" che conosciamo ormai da vent'anni.

Vi sono però delle soglie che l'adozione di una politica di contrasto anche duro al fenomeno migratorio non può superare. Quando la libertà di decine di persone stremate da un pericoloso viaggio in mare viene usata come strumento di scambio in sede di trattative internazionali per la redistribuzione dei naufraghi-migranti, e quando coloro che svolgono un'attività umanitaria vengono dipinti come criminali da "sbattere in galera", a noi pare che questa soglia sia stata abbondantemente superata. Nella pubblica opinione, abbiamo tuttavia constatato come avesse trovato largo consenso l'idea di fondo che il Governo dovesse essere libero di perseguire gli obiettivi su cui aveva ricevuto il consenso da parte degli elettori, e il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali dei migranti veniva spesso bollato come un tentativo di opporsi surrettiziamente a legittime finalità politiche, in nome di un atteggiamento debole e "buonista" verso il fenomeno migratorio.

Quando è la magistratura a dover ricordare alla politica e all'opinione pubblica che i diritti fondamentali non sono disponibili, quale che sia la finalità che si intenda perseguire, suona un campanello d'allarme, perché i diritti fondamentali si fondano sulla condivisa coscienza sociale della loro intangibilità, prima ancora che sulle decisioni dei giudici. Gli esiti giudiziari della stagione dei porti chiusi ci mostrano che gli anticorpi del nostro sistema democratico, chiamati a confrontarsi con politiche popolari ma illegittime, hanno funzionato, ma proprio il fatto che tali politiche siano state adottate è sintomo di una pericolosa insofferenza al rispetto dei diritti fondamentali, specie quando sono in gioco i diritti dei migranti africani, ultimi fra gli ultimi nella realtà della nostra epoca.