

L'INOSSERVANZA DELLA LIMITAZIONE O DEL DIVIETO DI TRANSITO E SOSTA NEL MARE TERRITORIALE COME DELITTO

di Alberto di Martino e Laura Ricci*

(Professore ordinario di diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa;
Dottoranda in diritto penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il quadro normativo: una breve ricostruzione. - 3. La nuova disciplina introdotta dal d.l. 130 del 2020. - 3.1. I tratti generali. - 3.2. Il potere di limitare o vietare transito e sosta. - 3.2.1. Soggetti titolari del potere. - 3.2.2. Ragioni legittimanti l'esercizio. - 3.3. Destinatari. - 4. Sbarco e soccorso tra fonti internazionali e disciplina nazionale. - 4.1. Requisiti di legittimità concernenti i soccorritori. - 4.2. Requisiti di legittimità concernenti le autorità competenti per il soccorso. - 4.3. Sul richiamo al "Protocollo *smuggling*". - 5. Considerazioni riassuntive

1. Come in età moderna furono spesso edificate torri costiere a presidio della terraferma, per avvistare e possibilmente prevenire e rintuzzare le ripetute incursioni dal mare, così in questo tempo il diritto penale dell'immigrazione è incaricato di erigere le sue monitorie torri saracene. La più recente è il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale.

La riscoperta del settore dei divieti di navigazione e delle connesse sanzioni, com'è noto, avviene, dapprima, con il decreto sicurezza del giugno 2019:¹ una riforma dirompente che ha apportato innovazioni sostanziali in un settore che, per lungo tempo, era rimasto di esclusivo appannaggio del diritto della navigazione. Rispetto a tali innovazioni, è il caso di anticiparlo, la disciplina di recente introduzione – destinata, per espressa volontà legislativa, a sostituire integralmente quella precedente – si colloca in una posizione di parziale continuità. Da un lato, essa mantiene, in capo al Ministro dell'interno, quell'(ormai non più) inedito potere di interdizione al transito

* Laura Ricci ha redatto i §§ 1, 2, 3.1; Alberto di Martino ha coordinato e rivisto la stesura, nonché redatto i restanti paragrafi.

¹ Decreto-legge 14 giugno 2019 n. 53, convertito, con modifiche, dalla l. 5 agosto 2019 n. 77, d'ora in avanti decreto sicurezza *bis*.

e alla sosta nelle acque territoriali introdotto proprio dal decreto sicurezza *bis*, dall'altro, seppur con talune precisazioni, continua a sanzionare – non più sul piano amministrativo, bensì su quello penale – la violazione dei divieti imposti dallo stesso Ministro in virtù di tale potere.²

Per tali ragioni, all'analisi critica della nuova fattispecie incriminatrice sarà opportuno premettere un rapido cenno all'evoluzione del contesto normativo di riferimento. La trattazione proseguirà, quindi, con un'analisi dei profili caratteristici della nuova disciplina, secondo una prospettiva ermeneutica conforme alle regole afferenti al settore del soccorso marittimo e della tutela dei diritti umani, sancite a livello nazionale e internazionale. Infine, si proporrà una lettura interpretativa della nuova fattispecie incriminatrice alla luce degli obblighi altresì imposti dal diritto nazionale e internazionale del mare e dei diritti umani.

2. Vista la presenza di affinità e divergenze intercorrenti tra le riforme succedutesi, vale la pena ritornare brevemente sulla disciplina previgente, introdotta dal decreto sicurezza *bis* ed ora formalmente abrogata.

A quella disciplina³ si deve l'assegnazione di un inedito potere di polizia della navigazione e portuale al Ministro dell'interno, che si traduce nella facoltà di impedire l'ingresso, il transito e la sosta a navi che non siano militari o governative non commerciali, in presenza di determinati presupposti.

L'attribuzione di questa peculiare funzione provvedimentale in capo al Ministro dell'interno risulta eccentrica rispetto alla funzione di coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana, cui invece la norma fa rinvio, con esplicito richiamo al comma 1 *bis* dell'art. 11 TuImm. Sul piano amministrativo, è

² Sembrerebbe persistere il rischio di una penalizzazione dell'attività di soccorso in mare, come denunciato già in sede di audizione dinanzi alla I Commissione (Affari costituzionali, della presidenza del Consiglio e Interni) della Camera, nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 2727, di conversione del decreto - legge n. 130 del 2020. Si vedano, in proposito, le memorie di ASGI, *Alcune luci e molte ombre nel decreto-legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e asilo: è indispensabile fare subito modifiche importanti*, 4.11.2020, 3, L. Ferrajoli, *Audizione alla Camera sulla questione migranti*, 6.11.2020, 3 ss. e G. Cataldi, *Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 21.10.2020, n. 130, in tema di sicurezza e immigrazione*, 6.11.2020, 13-18, tutte reperibili su www.camera.it (ultimo accesso 7.12.2020).

³ Più nel dettaglio, si tratta dell'art. 1, comma 1 del decreto sicurezza *bis* (sostanzialmente immutato a seguito di conversione), che così recitava:

«All'articolo 11 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dopo il comma 1-*bis* è inserito il seguente: "1-ter. Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri."»

appena il caso di precisarlo, il potere provvedimentale, diversamente dall'attività di coordinamento, è suscettibile di incidere su situazioni concrete⁴.

Peraltro, il potere assegnato al Ministro dell'interno si affianca ed in parte sembra sovrapporsi a quello che spetta al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a norma dell'art. 83 Cn: compete a quest'ultimo il potere di «limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il Ministro dell'ambiente, per motivi di protezione dell'ambiente marino, determinando le zone alle quali il divieto si estende» e la violazione degli eventuali divieti così imposti configura la fattispecie penale di cui all'art. 1102 Cn, rubricato *Navigazione in zone vietate*. Nell'ipotesi del comma 1 *ter*, invece, il Ministro delle infrastrutture, assieme al Ministro della difesa, è coinvolto soltanto in una fase di concertazione⁵.

Problemi interpretativi hanno poi sollevato i due alternativi presupposti per l'esercizio di tale peculiare potere d'interdizione: i «motivi di ordine e sicurezza pubblica», da una parte, il concretizzarsi delle «condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare»⁶, dall'altra.

Per un verso, «i motivi di ordine e sicurezza pubblica» sembrano equivalere a quei «motivi di ordine pubblico e sicurezza della navigazione» che legittimano, come visto, l'imposizione di divieti di navigazione da parte del Ministro delle infrastrutture, ai sensi dell'art. 83 Cn. Vi è, infatti, chi ha ritenuto di leggere in questa quasi-sovrapposizione lessicale una abrogazione tacita parziale dell'art. 83 Cn⁷ e chi ha sostenuto, invece, che i «motivi di ordine pubblico e sicurezza della navigazione» rappresentino una *species* del *genus* «motivi di ordine e sicurezza pubblica», con la conseguenza che residuerebbero ipotesi nelle quali, in virtù del principio di specialità,

⁴ Cfr. M. Benvenuti, *Audizione resa il 30 luglio 2019 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1° (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"*, in www.osservatorioaic.it, 3.9.2019, 2-3. L'estraneità di questo potere provvedimentale rispetto all'attività di coordinamento, tra l'altro, è implicitamente confermata anche dal dossier del Servizio studi del Senato della Repubblica, *Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica. D.L. 53/2019 – A.S. 1437, 26 luglio 2019*, in www.temi.camera.it (ultima consultazione 7.12.2020), 7, ove le funzioni di coordinamento del Ministro dell'interno sono declinate nei termini di poteri di emanazione di misure necessarie di coordinamento unificato dei controlli di frontiera, nonché di promozione di misure di coordinamento tra autorità italiane ed europee di controllo, giammai, quindi, nei termini di un potere direttamente incisivo su posizioni soggettive.

⁵ Concertazione dalla quale, nota ancora M. Benvenuti, *cit.*, 6, sono inspiegabilmente esclusi sia il Ministro degli esteri che il Ministro delle finanze, benché il primo svolga «una funzione rilevante (...) in tema di potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera» ed eserciti le ordinarie competenze in materia di rapporti internazionali con gli altri Stati, potenzialmente coinvolti come Stati dei quali la nave verso cui è disposta l'interdizione batte bandiera, e dal secondo dipenda la Guardia di Finanza, alla quale spetta una specifica funzione di polizia del mare ex art. 2, co. 1, lett. c, n. 1, d.lgs. 177/2016.

⁶ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, conclusa a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata con l. 2 dicembre 1994 n. 689, di seguito UNCLOS.

⁷ *Ivi*, 3.

spetterebbe ancora al Ministro delle infrastrutture intervenire, anche se, nella prassi, il confine tra sicurezza pubblica e sicurezza della navigazione potrebbe risultare molto labile.⁸

D'altra parte, sul rinvio all'art. 19, comma 2, lettera g) UNCLOS, limitatamente alla parte relativa alla possibile violazione delle leggi di immigrazione dello Stato rivierasco, si appuntano interrogativi ancor più cruciali. La disposizione menziona una delle ipotesi nelle quali il transito di una nave straniera nelle acque territoriali è eccezionalmente considerato "non inoffensivo" – ed anzi suscettibile di recare un pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero – cosicché è ammessa una deroga alla regola generale sancita dall'art. 17 UNCLOS secondo cui tutte le imbarcazioni godono di un generale diritto di transito inoffensivo attraverso il mare territoriale. Si tratta dell'ipotesi nella quale la nave è dedita all'attività di «carico o scarico di merci, denaro o persone in violazione alle leggi o ai regolamenti doganali, fiscali, dell'immigrazione o sanitari dello Stato costiero».

Se, quindi, la previsione di un divieto all'ingresso o al transito nelle acque territoriali così giustificato appare, in linea di principio, conforme alla disciplina UNCLOS relativa al passaggio "non inoffensivo", l'imposizione di un simile divieto dovrebbe, altresì, risultare compatibile con altre norme di diritto internazionale, segnatamente l'obbligo di soccorso marittimo e il divieto di *refoulement*. Tuttavia, il rinvio al «rispetto degli obblighi internazionali», contenuto nel comma 1 *ter*, non è bastato a scongiurare, nella pratica, il rischio che tali divieti fossero diretti a imbarcazioni impegnate nelle attività di soccorso in mare, considerato che i casi concreti di applicazione dei divieti così motivati, e delle connesse sanzioni, hanno riguardato proprio ipotesi di navi che avevano prestato soccorso marittimo⁹.

Per quel che riguarda, invece, la disciplina delle sanzioni amministrative connesse alla violazione dei divieti imposti dal Ministro dell'interno,¹⁰ inizialmente era prevista soltanto l'introduzione di un comma 6 *bis* all'interno dell'art. 12 TuImm ove, «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», per la violazione erano previste sanzioni da 10.000 a 50.000 euro, applicabili sia al comandante che all'armatore e al proprietario della nave.¹¹

La legge di conversione ha poi introdotto altri due commi (6 *ter* e 6 *quater*) relativi alla custodia delle navi eventualmente sequestrate e al destino della nave, una volta

⁸ A. Zampone, cit., 701-702.

⁹ Basti pensare che il primo provvedimento interministeriale emesso ai sensi dell'art. 1 del d.l. 53/2019, datato 15 giugno 2019 (giorno successivo all'approvazione del decreto), impone il divieto di ingresso, transito e sosta alla nave *Sea Watch 3* battente bandiera olandese, carica di 53 persone migranti tratte in salvo al largo delle coste libiche, cfr. G.i.p. Agrigento, ord. 2.7.2019, in *DPenCont*, 3.7.2019, 5 e ss.

¹⁰ Contenuta nell'art. 2, 1 co., il quale, contrariamente a quanto accaduto all'art. 1, ha subito notevoli modifiche da parte della legge di conversione n. 77 del 2019.

¹¹ V. art. 2 d.lgs. cit., nel testo previgente.

divenuto inoppugnabile il provvedimento di confisca. Inoltre, il regime di responsabilità è stato modificato nel senso che la violazione risulta addebitabile solo al comandante e, tuttavia, l'armatore è tenuto al pagamento in solido della sanzione con conseguente diritto di regresso.

Quanto alla cornice sanzionatoria, poi, sono intervenuti aumenti a dir poco esponenziali: quindici volte nel minimo, venti volte nel massimo. Sul punto, il Presidente della Repubblica, in fase di promulgazione, ha osservato come, di fronte a una previsione sprovvista di qualsivoglia indicazione circa i criteri di quantificazione della sanzione, non apparisse ragionevole «affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità» e, al contempo, ha richiamato la sentenza della Corte Costituzionale n. 112 del 2019, per sottolineare la necessità di una «proporzionalità tra sanzioni e comportamenti»¹².

Infine, sempre a seguito di conversione, la sanzione accessoria della confisca della nave non è più subordinata alla reiterazione dell'infrazione ed è stata quindi espunta anche la deroga all'art. 8 bis della legge 689 del 1981¹³. Sono rimasti, invece, immutati i presupposti per l'applicazione della sanzione, l'ammissione di un eventuale concorso tra sanzione penale e amministrativa e la regola che assegna il potere di irrogare la sanzione al prefetto territorialmente competente.

3.1. Come anticipato, la disciplina fin qui sommariamente riassunta è stata integralmente riformata.¹⁴ Nonostante la presenza di quei caratteri di continuità già segnalati in apertura, vi sono senz'altro sostanziali elementi di novità, che val la pena porre in risalto sin da subito.¹⁵

¹² Lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti del Senato della Repubblica, Maria Elisabetta Alberti Casellati, della Camera dei Deputati, Roberto Fico, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, 8 agosto 2019, reperibile su www.quirinale.it (ultima consultazione 7.12.2020).

¹³ L'art. 8 bis l. 689/1981 non solo precisa che cosa si intenda con reiterazione nel contesto delle sanzioni amministrative, ma stabilisce, altresì, che «le violazioni amministrative successive alla prima sono valutate, ai fini della reiterazione, quando sono commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria.» La deroga a questa regola, quindi, era finalizzata ad applicare più agevolmente la sanzione accessoria della confisca, come è accaduto nel caso della nave Sea Watch 3, laddove si è ritenuto vi fosse reiterazione poiché la nave aveva, dapprima, fatto ingresso nelle acque territoriali, dopodiché, in attesa di indicazioni dalle autorità, la comandante aveva gettato l'ancora per stazionarvi. Per la ricostruzione dei fatti occorsi cfr. G.i.p. Agrigento, cit., *ibid*.

¹⁴ Come previsto dall'art. 1, co. 1, lett. c e d, d.lgs. 21 ottobre 2020, conv. con mod. dalla l. 18 dicembre 2020 n. 173, sono ora, rispettivamente, abrogati il comma 1 ter dell'art. 11 e i commi 6 bis, ter e quater dell'art. 12 TuImm.

¹⁵ Per comodità, si riporta qui il testo integrale dell'art. 1, co. 2, d.lgs. conv. cit.:

«Fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale. Le disposizioni del presente comma non trovano comunque applicazione nell'ipotesi di operazioni di soccorso

In primo luogo, cambia la qualifica della sanzione, che da amministrativa diviene penale: se, da un lato, la qualificazione formale della disobbedienza diventa più grave, dall'altro si sottrae all'autorità amministrativa un potere sanzionatorio assai incisivo, seppure censurabile davanti alla giustizia amministrativa. Inoltre, l'entità della multa è fortemente ridimensionata, torna infatti la cornice sanzionatoria inizialmente prevista dalla prima versione del precedente decreto.

Il vero elemento di novità, in ogni caso, è l'introduzione di una clausola di non applicabilità di divieti e sanzioni con la quale sembrerebbe in apparenza salvaguardata, a determinate condizioni, la non punibilità dei soggetti che effettuano soccorsi marittimi (cfr. *infra*, § 4).

3.2. La disposizione è formulata in modo non lineare, soprattutto nel testo risultante dalla legge di conversione. Per chiarezza, si procederà innanzi tutto ad un'analisi separata dei soggetti titolari del potere, del fondamento del suo esercizio, dei destinatari.

3.2.1. La disciplina può essere così ricostruita. Poiché la disposizione conferma in esordio la vigenza integrale dell'art. 83 Cn, ne risulta che le autorità competenti a limitare o vietare transito e sosta di navi sono sia il Ministro dei trasporti, sia il Ministro dell'Interno.

Quanto al primo, il potere si esercita nei confronti delle navi mercantili, italiane o straniere, per ragioni di ordine pubblico, sicurezza della navigazione, protezione dell'ambiente marino (in quest'ultimo caso, di concerto con il Ministro dell'ambiente). Questo potere comprende la facoltà di determinare le zone alle quali il divieto si estende.

Quanto al secondo (il ministro dell'Interno), il potere predetto si esercita sulle navi mercantili, italiane o straniere, nonché sulle navi governative in servizio commerciale, per ragioni di ordine (pubblico), sicurezza pubblica, purché – in base al testo risultante dalla legge di conversione –¹⁶ in conformità con la convenzione UNCLOS.

immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo, fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria, reso esecutivo dalla legge 16 marzo 2006, n. 146. Nei casi di inosservanza del divieto o del limite di navigazione stabilito ai sensi del primo periodo, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione e la multa è da euro 10.000 ad euro 50.000.»

¹⁶ Diversamente da quanto doveva ritenersi in base al testo del decreto legge, che richiedeva la ricorrenza delle situazioni specificamente previste dall'art. 19, lett. g), della Convenzione ONU sul diritto del mare (Montego Bay, 10.12.1982), resa esecutiva in Italia con l. n. 689/1994 (Convenzione UNCLOS); per ragioni di spazio non è possibile approfondire la questione in questa sede.

Come si è accennato più sopra, sembra determinarsi una sovrapposizione di competenze fra Ministro dei Trasporti e Ministro dell'Interno almeno quando a fondamento del potere di interdizione siano allegati ragioni di ordine pubblico. Tuttavia, poiché non si tratta di norma che stabilisce regole di comportamento, delle quali si debba valutare la compatibilità in sede di successione di leggi, bensì di norma attributiva di poteri in modo autonomo rispetto a quella precedente ed esplicitamente dichiarata in vigore nella sua integralità, non v'è ragione di arrovellarsi sul coordinamento in base a principi o regole della successione di leggi. In altri termini, mancano i presupposti per quell'incompatibilità o quell'integrale riformulazione della disciplina comunemente intese come presupposto, rispettivamente, dell'abrogazione tacita o di quella implicita. Si può dunque ritenere che entrambi i Ministri siano titolari del potere d'interdizione per ragioni di ordine pubblico, da esercitare in conformità con le disposizioni della Convenzione UNCLOS.

Si potrebbe persino affermare, in realtà, che il Ministro dell'Interno non ha competenza sulle navi italiane, perché la convenzione UNCLOS alla stregua della quale il potere del Ministro deve essere determinato, nella parte rilevante (art. 19) si riferisce soltanto alle navi straniere. La competenza su quelle italiane sarebbe dunque soltanto del Ministro delle infrastrutture e trasporti. Tuttavia, comprendiamo come questa sia un'interpretazione poco realistica dal punto di vista degli intendimenti politici e dell'applicazione pratica.

Ragioni di sicurezza della navigazione in senso stretto sono fondamento del potere in capo al solo Ministro dei trasporti; ragioni generali di sicurezza pubblica sono di competenza del Ministro dell'interno, di concerto con il primo e con il Ministro della difesa (e previa informazione al Presidente del consiglio dei ministri). È inevitabile che i Ministri debbano coordinarsi, ma questo è un tema politico che fuoriesce dalla sfera di competenza dell'interprete, che lo può soltanto segnalare.

3.2.2. Quanto al fondamento, il potere ministeriale pare ristretto alle ragioni di ordine pubblico e sicurezza pubblica: non è stato mantenuto dalla legge di conversione l'originario richiamo alle specifiche situazioni previste dall'art. 19(2)(g) UNCLOS, relative al caso di passaggio "non inoffensivo": quella disposizione prevede, per la parte che qui rileva, che un'imbarcazione straniera sia considerata pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero quando intraprende nel mare territoriale attività di sbarco di persone («*débarquement*», «*unload*») in violazione delle leggi in materia di immigrazione.

In realtà, il richiamo generale alle previsioni della Convenzione vale pur sempre a definire un requisito modale di legittimità per l'esercizio del potere ministeriale: esso dev'essere esercitato «in conformità» con le previsioni della Convenzione. Quanto alle

navi straniere, in particolare, ciò varrebbe a fondare la legittimità del potere d'interdetto nel caso specifico del passaggio non inoffensivo (art. 19 UNCLOS). Su questo concetto è opportuno spendere alcune osservazioni. Com'è noto, art. 19(2)(g) considera come impegnata in passaggio "non inoffensivo" quell'imbarcazione che «si dia» («engages»; «se livre») ad attività – per quel che qui rileva – di imbarco/sbarco di persone, in violazione delle leggi in materia di immigrazione¹⁷.

Questa previsione, a ben guardare, non può essere riferita ad imbarcazioni impegnate in attività di soccorso: detto altrimenti, non è applicabile al caso in cui le attività di «imbarco» consistano nel tirare a bordo persone che si trovino in situazione di pericolo («distress») ai sensi delle relative convenzioni (SOLAS, SAR)¹⁸; e quelle di «sbarco» consistano non genericamente nel farle scendere a terra, ma consegnarle in un luogo sicuro («place of safety»).

Quest'interpretazione si impone indipendentemente dal significato che possa essere attribuito alla disposizione nel diritto internazionale¹⁹. Essa infatti costituisce parametro diretto per qualificare l'elemento costitutivo di un precetto penalmente sanzionato e dunque deve soggiacere alle più rigorose regole dell'interpretazione penalistica (qui peraltro anche coerente con la maggior tutela dei diritti umani, diversamente da quanto possa accadere, ad esempio, quando si intrecciano diritto internazionale penale e diritto internazionale dei diritti umani)²⁰.

Sulla scorta di questa premessa, pur inevitabilmente sommaria, si deve osservare come la norma internazionale sia espressa da una locuzione ben più pregnante di quanto comunemente si assuma (per non dire che questo aspetto sembra piuttosto sottaciuto anche dai commentatori più critici dell'attuale previsione interna). Il passaggio non inoffensivo presuppone, cioè, che l'imbarcazione che ne è responsabile «si dia», sia cioè deliberatamente impegnata, si dedichi intenzionalmente, nel mare territoriale, ad un'attività concepita come *autonomamente* illecita: illecita, cioè, *prima ed indipendentemente dal provvedimento dello Stato costiero* relativo al passaggio non-innocente. Le operazioni di imbarco/sbarco di persone in violazione delle leggi in materia di immigrazione dev'essere quindi contrario a tali leggi indipendentemente dall'operazione materialmente realizzata o che si intenda realizzare nel mare

¹⁷ Cfr. ad es. D. Guilfoyle, E. Papastavridis, *Mapping Disembarkation Options: Towards Strengthening Cooperation in Managing Irregular Movements by Sea*, UNHCR and RSO paper, 2014, reperibile in: <https://www.refworld.org/pdfid/5346438f4>, 18.

¹⁸ Rispettivamente, *International Convention for the Safety of Life at Sea* (U.N.T.S. n. 1184), Londra, 1974; *International Convention on Maritime Search and Rescue* (U.N.T.S. n. 1405), Amburgo, 27.4.1979.

¹⁹ E tuttavia si deve osservare come nella dottrina internazionalistica il passaggio non inoffensivo in relazione alle violazioni delle leggi in materia di immigrazione è sempre inteso con riferimento a condotte di *trafficking* e *smuggling*: cfr. ad es. T. Scovazzi, *Human Rights and Immigration at Sea*, in R. Rubio-Marín (ed.), *Human Rights and Immigration*, 2014, spec. 217-225; N. Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford 2011, 75 e nt. 87.

²⁰ Cfr. per tutti, su questo aspetto, W. Schabas, *Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, M. Henzelin, R. Roth, Paris-Genève-Bruxelles 2002, 165 ss.; nella manualistica ad es. D. Guilfoyle, *International Criminal Law*, Oxford 2016, 27 s.,

territoriale. L'illiceità dello sbarco, pertanto, non può dipendere dalla stessa fonte – il provvedimento di limitazione o divieto – che ne sanziona la violazione. Il carattere offensivo del passaggio dev'essere dunque precedente alla realizzazione della condotta, perché soltanto esso fonda il potere di emanare il provvedimento amministrativo.

Questa conclusione è confermata dalla stessa indicazione spaziale contenuta nell'art. 19(2)(g) UNCLOS. Le condotte connotate dal carattere “non inoffensivo” devono esser commesse nel mare territoriale. Ciò che dev'essere contrario alle leggi in materia di immigrazione, dunque, è l'imbarco o sbarco nel mare territoriale. Il problema centrale si sposta dunque sulla liceità delle operazioni di salvataggio: se queste devono esser considerate lecite alla stregua del diritto internazionale, il transito e la sosta non possono esser considerati offensivi e dunque *il provvedimento amministrativo non potrà essere emanato su questa base*. Potrà solo esserlo adducendo ragioni di ordine pubblico e sicurezza pubblica, supportate da apposita motivazione.

Infine, è opportuno comunque ricordare che il potere dello Stato costiero sul mare territoriale non è assoluto, ma vincolato al rispetto del diritto internazionale, ed in particolare del diritto internazionale dei diritti umani: «*[t]he coastal State exercises sovereignty in its territorial sea subject to [UNCLOS] provisions and 'other rules of international law'... More generally, international human rights law applies in the territorial sea*»²¹. Anche le ragioni di ordine pubblico e sicurezza pubblica dovranno dunque essere bilanciate con questo limite generale.

3.3.3. Quanto ai destinatari dei provvedimenti di limitazione o divieto di transito e sosta nel mare territoriale, si è visto che sono in linea di massima le navi mercantili, nazionali o straniere²². Peraltro, una distinzione fra le une e le altre deve essere operata quando vengano in considerazione le situazioni previste dall'art. 19 UNCLOS. In effetti, quando sia questione di attività di sbarco di persone in violazione delle leggi in materia di immigrazione, vale la regola speciale stabilita in quella disposizione: nel senso che il potere di interdizione dovrà essere esercitato in conformità con essa.

Il coordinamento tra le fonti non è semplice, ma sembra legittimo offrire una ricostruzione nei termini che seguono.

Allorché vengano in considerazione, specificamente, quelle attività di (imbarco e) sbarco di persone che comportano in quanto tali la violazione delle leggi in materia di immigrazione – costituiscono cioè favoreggiamento dell'immigrazione irregolare – opera la presunzione di passaggio non inoffensivo, ma soltanto nel caso si tratti di navi

²¹ J. Noyes, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, in D. Rothwell, A. O. Elferink, K. Scott, T. Stephens (eds.) *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford 2015, 104.

²² La nazionalità è specificata invero espressamente soltanto nella norma sanzionatoria dell'art. 83 Cn: art. 1102 Cn.

straniere.

Se si tratti di navi italiane, poiché non v'è dubbio che queste possano in linea di principio far ingresso (e transito e sosta) nel mare territoriale, la Convenzione UNCLOS non viene in considerazione e la presunzione non si applica. Il provvedimento dovrà essere pertanto adeguatamente motivato.

4. Resta da affrontare, a questo punto, la questione centrale della disciplina delle attività di soccorso, e cioè in particolare il tema della responsabilità per la violazione del provvedimento ministeriale. In questa sede non sarà considerata in modo approfondito la più ampia questione della rilevanza penale delle condotte di salvataggio a titolo di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: questione interferente, ma ben diversa da quella disciplinata dalla disposizione che qui si commenta²³.

La norma prevede che la disposizione sul potere di limitare/vietare il transito e la sosta nel mare territoriale «non trov[a] comunque applicazione» nelle ipotesi di operazioni di soccorso compiute rispettando determinati requisiti procedurali. In particolare, quella disposizione non si applica quando ricorrano alcuni parametri di carattere normativo e fattuale, i quali – si noti – riguardano (con diverso contenuto) sia i soccorritori per così dire materiali, sia gli organi istituzionali competenti al coordinamento delle operazioni.

4.1. Quanto ai soccorritori, si richiede che:

- a) l'operazione di soccorso sia immediatamente comunicata al centro di coordinamento competente e allo Stato di bandiera dell'imbarcazione che porta soccorso;
- b) l'operazione sia effettuata nel rispetto delle indicazioni date dalla competente autorità per la ricerca ed il soccorso in mare.

Quanto al primo requisito, in particolare, è necessario determinare il momento esatto in cui sorge l'obbligo di comunicazione. Dal punto di vista formale esso sembrerebbe da identificare già nella cd. fase DETRESFA²⁴, cioè quando si è avuta effettivamente notizia che una nave o una persona è minacciata da grave e imminente pericolo e che ha bisogno di soccorso immediato. Tuttavia, questa fase – come le altre ad essa eventualmente precedenti e collegate – ha a che vedere con le scansioni operative in cui si snodano le procedure 'interne' del centro di coordinamento

²³ La letteratura è ampia; qui basti richiamare A. Spena, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *RIDPP*, 2019, 1859 ss.; S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto*, in *www.sistemapenale.it*, 22.10.2020, 143 ss. e spec. 147 ss.; S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici dell'attività di ricerca e soccorso in mare*, in *DPenCont*, 2018, 134 ss.

²⁴ Ministero dei trasporti e della Navigazione-Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto, *Piano nazionale per la ricerca ed il salvataggio in mare (S.A.R. marittimo)*, IMRCC/001, ed. novembre 1996, para 360.

(M.R.C.C.), piuttosto che con la posizione del soggetto privato che presta soccorso. In questo senso, è preferibile ritenere che l'inizio materiale delle operazioni di salvataggio rappresenti, agli effetti della presente disposizione, il momento di riferimento per la comunicazione al centro di coordinamento competente²⁵.

Se le indicazioni consistono nella richiesta di non intervenire, essa è vincolante; e tuttavia, la procedura è pur sempre regolare (in quanto conforme al diritto internazionale) se l'imbarcazione alla quale sia stato intimato di non intervenire accerti che, in concreto, nessuno interviene *in loco* o nessuno è in condizioni di farlo in modo efficace prima che il pericolo trasmodi in lesione. Conseguentemente, in questi casi si deve ritenere che il fatto non sussiste (prima ancora che “non costituisca reato” per l'intervento di una causa di giustificazione): ciò perché non saremmo di fronte ad un'inosservanza in senso proprio²⁶.

4.2. Quanto ai secondi (e cioè la competente autorità), le indicazioni trasmesse ai soccorritori devono essere rispettose:

aa) degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare (peraltro già richiamati nel primo periodo come parametro generale di legittimità dell'esercizio del potere ministeriale, sicché si tratta di una ripetizione – forse persino non inutile...);

bb) della Convenzione EDU;

cc) delle norme nazionali, internazionali ed europee in materia di diritto di asilo.

Qualora le indicazioni fornite dal centro di coordinamento non rispettino obiettivamente le fonti internazionali richiamate, ne deriva che esse non sarebbero vincolanti, e l'eventuale interdizione ministeriale di transito/sosta nel mare territoriale sarebbe illegittima e potrebbe essere dunque disattesa senza incorrere in responsabilità penale: il fatto non sarebbe tipico alla stregua della fattispecie d'inosservanza.

Il problema sarà quello di determinare di volta in volta quando le indicazioni non rispettino le fonti nazionali e soprattutto internazionali richiamate. Un'analisi della casistica esula tuttavia dai limiti di questo lavoro. Si può solo ribadire, in relazione a vicende concrete, che non si può ritenere a nessun patto accettabile l'indicazione che comporterebbe di esser destinati ad un «posto» (*place*) non sicuro, come ad esempio quella di rivolgersi alle autorità libiche, indipendentemente dallo *status* internazionale della relativa SAR. Se anche formalmente si ritenesse integrato il fatto tipico dell'art. 1

²⁵ Neppure si deve necessariamente far riferimento alla definizione di “salvataggio” di cui alla Convenzione SAR (Cap. 1.3.2.), perché essa ha a che vedere con il sorgere dell'obbligo di salvataggio, il che è ben diverso dall'esigenza avanzata dalla disposizione dell'art. 1 comma 2 del d.l. 130/2020, che invece – ed anzi, proprio al contrario – riguarda i limiti imposti alla rilevanza di quell'azione.

²⁶ Il soccorritore ha obbedito in prima battuta, ma si è trovato a dover intervenire a causa della progressiva evoluzione della situazione concreta.

comma 2 d.l. 130/2020 in caso di violazione, vi sarebbe spazio per applicare una causa di giustificazione generale, quale ad esempio l'art. 52 Cp nella forma del soccorso difensivo a vantaggio dei migranti.

4.3. Dal canto loro, i parametri di liceità previsti per le indicazioni dell'autorità competente – in base allo scriteriato ricorso alla frase subordinata copulativa («fermo restando quanto previsto...») – sono avvolti, per così dire, da una condizionalità applicativa: quella per la quale, appunto, si applica comunque quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione di Palermo²⁷. Il significato di questa proposizione è tanto indeterminato quanto minaccioso. È chiaro che, in generale, il potere ministeriale può essere esercitato nei confronti di natanti che illecitamente effettuino attività specificamente costituenti reato, in particolare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare; ma è altrettanto evidente che per questa situazione in realtà sono già previsti ben più penetranti poteri per le navi italiane in servizio di polizia, le quali, se incontrano «nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato» (art. 12, co. 9 bis TuImm.).

Il reale significato del richiamo al Protocollo addizionale dev'essere allora definito rispetto alla diversa situazione prevista appunto dal secondo periodo del comma, il quale si focalizza per l'appunto sulle operazioni di soccorso. Quel richiamo – farisaicamente apposto in fumosa chiusura d'un periodo contorto – varrebbe a segnalare la possibilità che anche rispetto alle operazioni di soccorso sia configurabile un'incriminazione a titolo di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, cioè il reato mediante il quale l'ordinamento interno soddisfa per l'appunto l'obbligo di repressione delle condotte di *smuggling* lì previste.

Fuoriesce dai limiti di questo commento argomentare che a nessun patto una vera e propria operazione di soccorso può costituire favoreggiamento²⁸. Qui può essere sufficiente richiamare un aspetto specificamente incidente sulla disposizione in esame, cioè la regolarità procedurale delle operazioni. La questione che si pone a questo punto è infatti se l'irregolarità nelle operazioni di soccorso possa astrattamente integrare quella fattispecie criminosa.

²⁷ *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* (Palermo, 15.11.2000); resa esecutiva con l. 146/2006.

²⁸ Ci sia consentito rinviare a quanto osservato in A. di Martino, *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione della migrazione irregolare. Noterelle di sociologia della comunicazione giudiziaria*, in *DirImmCitt.*, 2019, 1-18.

Com'è noto, la cornice di disciplina delle operazioni di «*search and rescue*» (SAR) è fornita, nei suoi elementi fondamentali, dal diritto internazionale del mare²⁹. Tuttavia, il regime delle attività di soccorso e delle competenze degli Stati in relazione ad esse è definito da una pluralità di fonti diverse, nazionali, internazionali, sovranazionali, soltanto in parte richiamate dalla disposizione in commento ma tutte egualmente rilevanti e non irreggimentate in un rapporto meccanicamente gerarchico. Poiché la norma fa riferimento ad aspetti procedurali, saranno qui richiamati gli aspetti più direttamente rilevanti

Sono definite aree di competenza per le operazioni relative (aree SAR) nelle quali sono legittimate ad operare le autorità alle quali la competenza di area è devoluta. Peraltro, è ovvio che questa competenza ha una natura organizzativa in funzione dell'efficacia dell'eventuale intervento, e non porta ad escludere la possibilità di realizzare operazioni di salvataggio compiute quando non sia possibile, od efficace, o semplicemente non avvenga l'intervento dell'autorità responsabile per l'area. È dunque appena il caso di precisare – l'ovvietà non può più esser data per scontata – che quando si verificano quest'ultime evenienze il soccorso è perfettamente conforme al diritto internazionale.

Presupposto sostanziale dell'obbligo di intervento non è dunque la competenza di area, ma una situazione di «*distress*» (cfr. in partic. la Regulation 33 della Convenzione SOLAS). Solo questa fonda la liceità dell'intervento; ogni violazione del tipo di quella indicata nella disposizione in esame – omettere di informare sull'inizio dell'operazione di soccorso, e non attenersi alle indicazioni dell'autorità competente – non può trasformare l'intervento in un favoreggiamento dell'immigrazione.

Elemento centrale della fattispecie si rivela, a questo punto, proprio il concetto apparentemente più banale, scontato, inosservato (non esiste, a conoscenza di chi scrive, nessuna analisi del suo significato)³⁰: il trasporto – o meglio, l'effettuare il trasporto.

In termini generali, sulla base del comune significato del termine, è trasporto «il trasferimento di persone o di cose da un luogo a un altro attraverso una via di comunicazione e mediante un veicolo». Così articolata, la definizione rimane però

²⁹ Principalmente la *International Convention on maritime search and rescue* (Amburgo, 27 aprile 1979), resa esecutiva in Italia con legge di adesione, L. 3 aprile 1989 n. 147, e relativo Regolamento di attuazione (d.P.R. 28 settembre 1994 n. 662); la *International Convention for the safety of life at sea* (cd. SOLAS), spec. la *Regulation 33 (Distress messages: obligations and procedures)* del Cap. V (*Safety of navigation*).

³⁰ La peraltro eccellente illustrazione di A. Caputo, *I reati in materia di immigrazione*, in A. Caputo, G. Fidelbo, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino 2012, spec. 37 ss., si limita a questo: «Su un piano diverso da quello delle condotte fin qui analizzate [di promozione, organizzazione, direzione, finanziamento del trasporto] si colloca l'effettuazione del trasporto dello straniero irregolare, condotta questa che ben può riferirsi a fattispecie concrete mono-soggettive e a vicende di favoreggiamento non particolarmente articolate» (49 s). Il significato del termine usato dalla legge per indicare la condotta è evidentemente dato per scontato: non è un tema interpretativo. Nel testo si sostiene il contrario.

anodina rispetto al disvalore espresso dalle condotte. O meglio, quando diventa contenuto di una condotta penalmente tipica dev'esser valorizzata in tutte le sue dimensioni semantiche: quella del luogo è fondamentale; si esige infatti che avvenga un trasferimento da un luogo ad un altro, ma questi luoghi, agli effetti penali, non hanno una dimensione puramente naturalistica, bensì essa stessa normativamente qualificata. Vi è un luogo iniziale o di partenza, cioè, in cui i migranti si trovano con un certo titolo (indifferente per lo Stato di destinazione); ed un luogo finale, o di destinazione, in cui per effetto del trasporto essi fanno ingresso senza titolo.

“Trasporto” deve essere allora inteso, in modo pregnante, come quell’attività materiale di trasferimento che, direttamente svolta nei confronti delle persone trasportate a partire da un luogo iniziale, procura di raggiungere la destinazione facendo ingresso illegale. E se, come si è visto, procurare significa ‘ottenere’, ‘far avere’, ‘fare in modo che qualcosa si faccia, si compia, si verifichi’, ‘impegnarsi per la realizzazione di un dato scopo’, allora il trasporto deve essere inteso come quella attività specificamente e consapevolmente strumentale al conseguire lo scopo di far arrivare alla destinazione tipica, cioè l’ingresso illegale. Questa continuità strumentale e di scopo non si verifica quando è in gioco un’attività di salvataggio.

A convalidare la ricostruzione del concetto di trasporto nei termini ora delineati può essere addotto un argomento ulteriore, di carattere sistematico, relativo al rapporto fra le condotte tipiche menzionate nella fattispecie dell’art. 12 TuImm. Il significato tipico di questa condotta dev'essere idoneo a porsi in collegamento astratto con tutte le altre condotte menzionate dalla fattispecie, bensì autonome e ciascuna idonea ad integrare il reato (c.d. norma a più fattispecie), ma pur sempre cementate dal riferirsi necessariamente, per l'appunto, al trasporto: promozione, organizzazione, finanziamento ecc. Se la pregnanza di questa espressione fosse diluita fino a comprendere qualunque attività che si risolva in un trasferimento, ed in particolare la condotta di presa a bordo e trasferimento a séguito d'un evento di salvataggio, quel collegamento resterebbe privo di senso.

Quand'anche non si voglia accedere a questa ricostruzione, l'interrogativo se l'illiceità si produca *ex post* per effetto della volontaria inosservanza delle procedure, la quale sarebbe indice del dolo di trasporto illecito, deve ricevere risposta negativa.

Si deve cioè respingere l'automatica equiparazione fra volontaria inosservanza delle procedure SAR e dolo di trasporto. In primo luogo, se si tratta di violazione del divieto di intervenire, volontaria è la disobbedienza (e il salvataggio nonostante il divieto di intervenire) ma questo non ha nulla a che vedere con la successiva condotta di trasporto, a meno che si dimostri una sostanziale programmazione criminosa, quasi una premeditazione. Ma allora si tratterebbe di una condotta addirittura di organizzazione del trasporto: deve essere specificamente contestata come tale; e

sembrerebbe una via piuttosto impervia oltre che non particolarmente credibile.

In secondo luogo, e correlativamente, il dolo deve esser provato e non può essere presunto in base a quella mera inosservanza. Non si tratta di una semplice ripetizione di quanto appena detto nel periodo che precede. Dietro la tentazione di ritenere assorbito il dolo del fatto nella volontaria esecuzione irrituale delle operazioni di salvataggio, il cui effetto è, su un piano puramente obiettivo, agevolatore del conseguimento della mèta, sta l'etichettamento della fattispecie di cui all'art. 12 come "favoreggiamento", cioè l'idea che il reato punisca qualunque attività che obiettivamente favorisce, agevola, l'ingresso non titolato³¹. Comprensibile perché nata in relazione all'originaria formulazione del reato sin dalla c.d. legge Martelli, che incriminava qualunque attività «diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato», tuttavia ribalta sulle condotte concretamente punite un contesto semantico totalmente eterogeneo (il favoreggiamento personale). Organizzare, dirigere, finanziare, effettuare il trasporto che sbocca o è destinato a sboccare nell'ingresso illegale significa agevolarlo (ed allora sarebbe preferibile, perché più preciso, parlare di agevolazione piuttosto che di favoreggiamento)³². In termini soggettivi, coerentemente, è fuorviante parlare di dolo di favoreggiamento, essendo configurabile, in relazione alla struttura della fattispecie, solo un dolo di agevolazione: che in una situazione siffatta non è ontologicamente pensabile. In effetti, compiere attività pur irrituale di salvataggio non può avere come effetto quello di agevolare l'originaria condotta già ... naufragata; semplicemente pone successivamente rimedio agli effetti di quel fallimento. L'elemento soggettivo riflette semplicemente questa situazione di fatto.

D'altronde, il dolo dev'essere riferito infatti all'ingresso illegale, e si tratta di una connessione diretta ed immediata fra questo coefficiente psicologico e l'evento che pur non è necessario che si realizzi al fine di integrare il delitto. L'intenzione, invece, è qui rivolta al salvataggio, non all'ingresso.

Le attività di soccorso, quand'anche irregolari dal punto di vista procedurale, a nessun patto costituiscono attività di favoreggiamento.

È appena il caso di aggiungere, in relazione a talune letture mediatiche celebrative della svolta 'politica' che sarebbe espressa dalla disposizione in commento, che se non si prende atto definitivamente di quella conclusione, nessuna cosmesi legislativa potrà esser contrabbandata per un 'cambio di paradigma'.

5. Il reato previsto dalla disposizione in commento consiste nell'inottemperanza ad

³¹ Opinione patrocinata anche da commentatori; per riferimenti cfr. A. Caputo, *op. cit.*, 40 (al quale si rinvia per l'accurata ricostruzione della storia normativa della fattispecie).

³² Né si dica che, ora che l'immigrazione irregolare costituisce reato, il termine di favoreggiamento appare del tutto congruo. Con le condotte punite dall'art. 12 non si aiuta ad eludere alcunché.

un provvedimento ministeriale che limita o vieta transito e sosta di navi italiane o straniere nel mare territoriale italiano, emanato per ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica, sicurezza della navigazione, purché – quando si tratti di navi straniere – il passaggio della nave sia da considerare non inoffensivo alla stregua della Convenzione UNCLOS.

Se si tratta di navi straniere, il passaggio può esser considerato presuntivamente non inoffensivo, per quel che direttamente concerne la materia dell'immigrazione, se la nave sia impegnata in attività di imbarco/sbarco di persone in violazione delle norme in materia di immigrazione; di conseguenza non sarà necessario motivare specificamente, nel provvedimento, sull'esistenza delle predette ragioni. Nel caso si tratti invece di nave italiana, la sussistenza di ragioni di ordine pubblico o sicurezza pubblica dovrà essere specificamente motivata.

Il provvedimento ministeriale può essere emanato anche nei confronti di navi, italiane o straniere, che abbiano realizzato operazioni di soccorso (fuori delle acque territoriali), purché: *a)* dal lato dei soccorritori, sia stata omessa l'immediata comunicazione delle operazioni di soccorso al centro di coordinamento competente e le operazioni siano state comunque effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare; *b)* dal lato di quest'ultima autorità, le indicazioni date siano conformi agli obblighi previsti dalle convenzioni in materia di diritto del mare, alla Convenzione EDU, alle norme nazionali, europee ed internazionali in tema di diritto d'asilo.

I requisiti riassunti ai punti (a) e (b) sono cumulativi: il venir meno di uno dei presupposti, da un lato o dall'altro, esclude la legittimità del provvedimento ministeriale.

Ad esempio, se le operazioni di soccorso sono state "irregolari", ma le direttive non erano conformi agli obblighi internazionali, la nave potrà senz'altro entrare lecitamente nelle acque territoriali. Alcune (o molte) situazioni dovranno essere verificate con grande attenzione caso per caso, soprattutto alla luce del non chiaro stato del diritto internazionale in materia; ma si deve avvertire che vana sarebbe la ricerca di un rapporto gerarchico, dovendo trovare applicazione contemporanea tutte le norme rilevanti, nazionali ed internazionali: una vera e propria situazione di inter-legalità³³. Si considerino, sempre ad esempio, le seguenti ipotesi.

Se la nave non si trova in acque territoriali, non sono applicabili in linea di principio né le norme delle direttive europee, né quelle nazionali, né quelle della CEDU. E tuttavia, potrebbe accadere che lo Stato esibisca un potere di controllo effettivo, ed allora la Convenzione EDU sarebbe applicabile extraterritorialmente³⁴.

³³ J. Klabbers, G. Palombella, *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge 2019, *passim*.

³⁴ ECtHR, GC, *Loizidou v. Turkey* (Merits), judg. 18.12.1996, §§ 52-56; *Al-Sadoon et al. v. UK*, Decision of admissibility, 30.6.2009, § 84 ss., 88.

Inoltre, è noto che il *soft law* nelle sue più recenti evoluzioni è nel senso che le procedure di valutazione del diritto ad essere protetti, al di là della prima assistenza, non debbano avere l'effetto pratico di ritardare indebitamente i tempi di sbarco dei superstiti; e dunque dovrebbero tendenzialmente esser condotte dopo lo sbarco in un luogo sicuro³⁵. Qualora nessun Paese sia disposto ad accogliere i migranti, e dunque si verifichi uno stallo perché nessuno dà corso alle procedure, ci si troverebbe in una situazione funzionalmente equivalente al rischio di *refoulement* collettivo, perché i migranti potrebbero soltanto tornare nel paese da cui sono partiti, in cui esiste il rischio di persecuzione³⁶. Se il comandante di nave ritenga di apprezzare una tale situazione e pertanto entri nel mare territoriale violando obiettivamente il divieto, ciò costituirebbe comunque³⁷ una condotta scriminata. Si tratterà di valutare, piuttosto, quale causa di giustificazione possa essere invocata.

Secondo un'opinione³⁸, la condotta del comandante, considerata *ex antea* e cioè nel momento della sua commissione, può apparire costretta dalla necessità di forzare lo stallo determinato dal braccio di ferro fra i possibili stati di accoglienza, e dunque si applicherebbe la scriminante dello stato di necessità.

Qualora non ne siano ravvisati gli estremi, per qualunque motivo (ad es., perché non si tratta esclusivamente di rifugiati; o perché si ritenga che il pericolo sia stato volontariamente causato; o perché si escluda che il pericolo di un danno grave alla persona sia attuale, o addirittura non lo si ritenga provabile, ecc.), la condotta di fare ingresso nelle acque territoriali potrebbe essere pur sempre coperta dalla scriminante del soccorso difensivo.³⁹ Qui la condotta difensiva degli interessi di terzi sarebbe

³⁵ IMO, *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued At Sea*, 2009, art. 3.2; inoltre IMO, *Guidelines on the treatment of Persons rescued at Sea* (Res. MSC.167(78), 20.5.2004), § 6.20: «Any operations and procedures such as screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress should not be allowed to hinder the provision of such assistance or unduly delay disembarkation» (agevole guida reperibile in: <https://www.unhcr.org/publications/brochures/450037d34/rescue-sea-guide-principles-practice-applied-migrants-refugees.html>).

³⁶ G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford 1996², 166. Cfr. anche A. Di Marco, *Interdiction d'entrée dans les eaux territoriales pour les bateaux humanitaires: le cas du décret-loi italien sicurezza bis*, in *Europe des droits & libertés*, 2020, 162 ss.

³⁷ «Comunque», nel senso che si potrebbe in realtà ritenere il divieto illegittimo in concreto, anche nel senso di una illegittimità sopravvenuta; con la conseguenza che il fatto non sarebbe “tipico”.

³⁸ A. Spina, *op. cit.*, § 4 in fine.

³⁹ Secondo altra opinione, invece, anche in simili casi dovrebbe trovare applicazione la scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 Cp), trattandosi dell'adempimento di obblighi internazionali (in particolare, l'obbligo di sbarco in un PoS sulla terraferma, da individuarsi tenuto conto di un bilanciamento tra esigenze umanitarie e di controllo all'accesso sul territorio), filtrati all'interno dell'ordinamento nazionale ad opera dell'art. 10 Cost., v. C. Pitea, S. Zirulia, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *DuDi*, 2020, 684-685. Tuttavia, è stato da altri osservato (seppur in relazione al configurarsi di altra fattispecie incriminatrice) che, pur essendo certamente ravvisabile il dovere del comandante di soccorrere soggetti in situazioni di *distress*, «da intendersi quale concreto pericolo per l'incolumità», così come di condurli in un posto sicuro «in cui quel 'pericolo per l'incolumità personale' non è (più) apprezzabile», non è, invece, ravvisabile «una regola sovranazionale che impone di (far) sbarcare sulla terraferma persone (già) tratte in salvo», così R. Fonti, V. Valentini, *Il caso Sea*

realizzata a favore dei migranti (e ovviamente soggetta ai relativi limiti)⁴⁰.

Di questa giustificazione sembrano sussistere tutti i presupposti. La situazione giuridica soggettiva tutelata (il «diritto» di cui all'art. 52 Cp), la quale – com'è noto – non deve consistere in un diritto soggettivo 'perfetto', consiste non già nell'interesse ad entrare sul territorio, ma in quello a che sia assicurato un *place of safety*; o, comunque, nell'interesse – tutelato dal diritto internazionale dei diritti umani – a non essere rispediti nel luogo di provenienza o di partenza, dove esiste pericolo per la vita o l'incolumità. D'altra parte, la situazione tutelata potrebbe persino integrare un vero e proprio diritto soggettivo, quello al non *refoulement*, se di fatto, per l'appunto, il divieto di ingresso si risolve in un effetto analogo.

Quanto alla situazione aggressiva, va detto che il divieto di ingresso che porti a quelle conseguenze pregiudizievoli, nel contesto di una situazione di stallo del tipo di quella considerata, costituisce senz'altro il presupposto del pericolo, certamente attuale, di un'offesa ingiusta. Si tratta di un pericolo attuale, perché si determina proprio nel momento in cui si constata la predetta situazione di 'stallo'. E l'offesa è anche ingiusta perché, ad onta dell'apparente conformità del provvedimento al diritto nazionale, è arrecata *non iure* alla stregua della migliore interpretazione del diritto internazionale dei diritti umani (il quale è richiamato espressamente, peraltro, dalla disposizione interna).

Ancora, il comandante che agisce in soccorso difensivo si trova senz'altro in quell'alternativa bloccata fra cagionare la lesione dei diritti e violare il divieto penalmente sanzionato, la quale integra la costrizione o la necessità difensiva (a seconda delle preferenze dogmatiche che orientano questo momento di valutazione)⁴¹.

La necessità del soccorso difensivo esiste, perché nelle condizioni descritte la condotta di violazione finisce con il rivelarsi obiettivamente idonea a neutralizzare il pericolo, né se ne potrebbe pensare una diversa, per le stesse ragioni appena illustrate a proposito dell'interesse protetto e dell'offesa che ad esso è arrecata.

Sulla proporzione neppure potrebbero essere avanzati dubbi: trattandosi di un reato di mera disubbidienza, in considerazione del contesto – cioè della natura ed intensità del pericolo, della natura del conflitto (non si tratta di pericolo provocato, ma di azione di salvataggio), del tipo di reazione (soccorso di terzi), della cogenza della necessità (imbarcazione che non può restare a tempo indefinito in mare aperto) – sarebbe arduo ravvisare un rapporto di sproporzione tra offesa e difesa.

Watch 3 e il gioco delle tre carte: una decisione che non si condivide (proprio perché la si comprende), in www.archiviopenale.it, 28.4.2020, 10-12.

⁴⁰ Sul tema dell'incertezza del diritto internazionale, dell'intersezione con le categorie penalistiche e sui limiti della giustificazione cfr., in relazione ad un noto caso, V. Valentini, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in www.discrimen.it, 5.8.2019.

⁴¹ Cfr. ad es. T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2019, 208, per la discussione sotto l'ombrello di una versione oggettiva della costrizione; in senso diverso G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 514.

Infine: qualora obiettivamente la decisione del comandante si riveli errata, ella/egli potrebbe ancora invocare la scriminante putativa, nel pieno rispetto dei principi del sistema.

ILP