

Il caso Vos Thalassa: il “carosello” delle scriminanti in un apparente conflitto fra legge penale e principio di non-refoulement

**I caso *Vos Thalassa*: il “carosello” delle scriminanti in un
apparente conflitto fra legge penale e principio di *non-
refoulement***

di Pietro Maria Sabella

Sommario: 1. La prospettiva di indagine - 2. Il soccorso in mare in Zona SAR. Fatto storico e fatto tipico - 2.1. Il riconoscimento in primo grado della scriminante della legittima difesa per lesione del principio di *non refoulement* - 2.2. La riforma nel giudizio di secondo grado - 3. Il carosello delle scriminanti e la neutralità del principio di non respingimento nel caso *Vos Thalassa*. Verso il superamento di un manicheismo fra diritto penale e diritto umanitario - 4. «Esterneizzazione delle frontiere», soccorso in mare e tutela dei confini - 5. Legittima difesa degli imputati o adempimento di un dovere del Capitano? - 6. I requisiti della legittima difesa. Alcune riflessioni sull'attualità del pericolo, la volontaria causazione e necessità della reazione nel caso *Vos Thalassa* - 7. La «*stanchezza della catastrofe*». Conclusioni.

1. La prospettiva di indagine

Commentare la sentenza della Corte di Appello di Palermo, n. 1525 del 3 giugno 2020, sul caso *Vos Thalassa*, rappresenta per il penalista un compito arduo, che impone di procedere con adeguata cautela.

La tentazione di addentrarsi nei meandri più sensibili delle problematiche connesse alle dinamiche socio-politiche dei flussi migratori nel Mediterraneo potrebbe, infatti, indurre l'interprete ad abbandonare il punto di vista del giurista per adottare una prospettiva diversa, probabilmente sfocata e intrisa di componenti eterogenee.

È del resto indubbio che dal momento che la cornice normativa volta a (cercare di) regolare il fenomeno migratorio appare molto articolata e complessa e per questo poco efficace e lineare, ogni potenziale decisione assunta da una Corte italiana, straniera o sovranazionale sul tema possa destare perplessità e rischi di sconfinare in valutazioni poco coerenti con le scelte dell'ordinamento in materia penale. Si tratta allora di considerare i fatti oggetto di accertamento alla luce dei canoni e principi tipici di quel diritto

penale che, al di là delle sue più varie declinazioni concrete, continuano a svolgere un insostituibile ruolo di strumento di garanzia per i soggetti a cui si applica.

In questo senso, dunque, potrebbe risultare sempre ostico e insoddisfacente il tentativo di permeare la materia di canoni e prospettive di giudizio ad essa estranee. Con ciò si intende dire che la giurisdizione penale non può rappresentare il *forum destinatae solutionis* nel quale effettuare un bilancio complessivo circa le politiche europee e internazionali in materia di controllo e regolamentazione dei flussi migratori e delle frontiere (di recente, in particolare sulla criminalizzazione del favoreggiamento irregolare dell'immigrazione clandestina, cfr. V. Mitsilegas, *I fondamenti normativi dell'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Analisi delle problematiche linee di confine tra diritto europeo e diritto internazionale*, in V. Militello, A. Spina, A. Mangiaracina, L. Siracusa (cur.) *I traffici illeciti nel mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*. Torino, 2019, pag. 166 s.). Si tratta piuttosto del luogo eletto per accertare se un dato comportamento abbia assunto o meno una rilevanza penale meritevole di sanzione in relazione all'ordinamento considerato. Solo questo "parziale" ma fondamentale apporto da parte del giudice può sollecitare una riflessione più ampia, contribuendo così con le altre scienze e tecniche alla cristallizzazione dei limiti dell'intervento in materia e alla prospettazione di rimedi e soluzioni.

Ecco perché il commento al caso *Vos Thalassa* che seguirà verte principalmente sull'ipotesi di riconoscimento della scriminante della legittima difesa, ex art. 52 c.p., rispetto a delle condotte di violenza o minaccia e di resistenza a pubblico ufficiale, di cui agli artt. 336 c.p. e 337 c.p., poste in essere da due migranti contro l'equipaggio che li stava soccorrendo e sulla configurabilità del reato di favoreggiamento all'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 286/1998. Non ci si occuperà invece della natura e dei

criteri di applicabilità del diritto al *non refoulement* per i soccorsi effettuati in zona SAR (c.d. «*search and rescue*»), in quanto il principio di non respingimento – come si vedrà - appare comunque del tutto neutrale rispetto alla condotta, ai fatti accaduti e al ruolo delle cause di giustificazione.

2. Il soccorso in mare in zona SAR. Fatto storico e fatto tipico

Occorre prendere le mosse dagli avvenimenti che riportano all'8 luglio 2018, data in cui il rimorchiatore *Vos Thalassa*, battente bandiera italiana e adibito alle attività di supporto di una piattaforma petrolifera libica, comunica alle autorità italiane del Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso Marittimo (MRCC) di aver recuperato 67 migranti presenti a bordo di una piccola e malridotta imbarcazione in procinto di affondare. Il salvataggio avviene in zona SAR libica. Per tale ragione, l'Autorità italiana si attiva e cerca di dare avviso agli omologhi africani, competenti a gestire e coordinare gli aiuti ai natanti nella zona in cui avviene il recupero dei migranti coinvolti.

In assenza di un riscontro immediato da parte delle autorità libiche, in adempimento dei doveri di soccorso, il rimorchiatore procede verso Lampedusa, ovvero verso il c.d. *place of safety* più vicino secondo le Convenzioni e i Trattati in vigore.

Tuttavia, durante la traversata, da Tripoli giunge una risposta, avente ad oggetto la richiesta di trasbordo dei migranti a favore delle motovedette nordafricane, in acque internazionali, a circa 15 miglia marine dalla costa. Per tale ragione, la *Vos Thalassa* inverte la rotta per procedere verso sud.

Da quel momento, alcuni migranti a bordo, resosi conto dell'inversione verso la Libia, per scongiurare il ritorno verso quei lidi, assumono un comportamento minaccioso e aggressivo, accerchiando, spintonando e usando violenza – anche verbale (con minacce di morte) - nei confronti dei

componenti dell'equipaggio e dello stesso Capitano. Questi, nel timore di poter essere fisicamente interessato, contatta nuovamente l'Autorità italiana, la quale invia la nave militare *Diciotti*, che carica i migranti per sbarcare infine in Sicilia.

All'arrivo in terraferma, due fra i migranti riconosciuti per essere stati i protagonisti della "tentata rivolta" e gli autori dei fatti di reato, vengono arrestati, come anticipato, con l'accusa di violenza e minaccia, resistenza a Pubblico Ufficiale e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

2.1. Il riconoscimento in primo grado della scriminante della legittima difesa per lesione del principio di *non refoulement*

Quanto alla vicenda processuale relativa alla qualificazione del fatto, va innanzitutto ricordato che in primo grado, il GUP di Trapani, in rito abbreviato, (Trib. Trapani, Ufficio Gip, sent. 23 maggio 2019, dep. 3 giugno 2019) riteneva che le condotte ascritte ai due imputati, adeguatamente riscontrate in sede istruttoria, erano idonee a configurare in concorso le ipotesi di cui ai delitti di cui agli artt. 336 e 337 c.p., nonché al reato di cui all'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 268/1998 (favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare).

Tuttavia, procedeva ad assolvere gli imputati, ritenendo applicabile la scriminante della legittima difesa, sul presupposto che questi avessero agito in siffatto modo per tutelare il proprio diritto (o interesse qualificato) a non essere respinti verso la Libia, ovvero verso un Paese in cui sarebbero stati sottoposti al pericolo concreto di violenze e trattamenti inumani e degradanti. In particolare, secondo il giudice di Trapani, i due migranti avrebbero difeso il proprio diritto al *non refoulement*, riconosciuto dal diritto consuetudinario internazionale, oltre che dal Trattato di Amburgo del 1979, respingendo con la violenza l'attacco e la potenziale violazione ad esso prodotto dall'equipaggio italiano che, in adempimento di un dovere illegittimo, stava riconducendo i

migranti sotto l'autorità marittima libica (per un primo commento alla decisione di primo grado cfr. A. Natale, *Caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*, in *Quest. Giust.*, del 23 luglio 2020; L. Maserà, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in www.penalecontemporaneo.it (<http://www.penalecontemporaneo.it/>), del 24 giugno 2019).

A differenza che in altri casi simili (vedi anche caso *Rackete*, cfr. 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 *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2020, pag. 185-214; per il caso *Open Arms* F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2018, pag. 443-453) dunque, il Giudice di Trapani non intravedeva i profili applicativi della causa di giustificazione dello stato di necessità, sul presupposto che l'aggressione fosse direttamente dipesa dall'equipaggio italiano dal quale i migranti hanno cercato di difendersi.

Per potere cogliere appieno il senso complessivo della vicenda, può essere utile comunque approfondire l'analisi degli elementi essenziali intorno ai quali la sentenza del giudice di prime cure si è sviluppata per giungere all'applicazione della legittima difesa. Molto dell'argomentazione adottata, infatti, si fonda sulla ricostruzione della normativa sovranazionale e internazionale in materia di soccorso in mare dei migranti, di divieto di non respingimento e di trattamento disumano e degradante. Ciò con lo scopo, non proprio celato fra le righe, di far primeggiare su ogni altro profilo l'esigenza di tutela della figura del migrante e della sua protezione da eventuali rimpatri che ne possano mettere in pericolo la vita e l'integrità personale e morale.

Tuttavia, la conseguenza è stata quella di privilegiare, nella qualificazione del «diritto posto in pericolo», una prospettiva asincrona con il diritto penale e, nella specie, con gli elementi costitutivi della legittima difesa e riprodurre una ricostruzione delle norme di diritto internazionale certamente idonea ad evidenziare la gravità del pericolo derivante da un eventuale rimpatrio dei migranti in Libia o nei Paesi di origine, in cui i diritti umani sono scarsamente tutelati.

Correttamente, comunque, in un primo momento, il Tribunale di Trapani enuncia le norme internazionali applicabili al caso di specie e, in generale, alla ricerca e al salvataggio delle persone in mare. Individua nella Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982, nella Convenzione di Londra per la salvaguardia della vita in mare del 1974 e, ancora più specificamente, nella Convenzione di Amburgo del 1979 sul salvataggio in mare nelle c.d. «zone SAR», i capisaldi normativi di riferimento, dai quali ricava l'esistenza di un obbligo di salvataggio in mare della vita umana, il quale, peraltro, richiede l'individuazione del c.d. *place of safety* dove far sbarcare (per un approfondimento su tale nozione quale luogo in cui possano avere effettiva tutela i diritti umani dei soggetti soccorsi in mare si veda M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 1/2019, pag. 5 s.; R. Virzo, *Il coordinamento di norme di diritto internazionale applicabili allo status di rifugiati e dei bambini migranti via mare*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1/2016, pag. 143 s.).

Qualora i migranti, sempre in virtù delle norme di diritto internazionale, possano godere dello *status* di rifugiati o godere dell'asilo, il diritto allo sbarco in una terra sicura si colora anche di un ulteriore significato, che obbliga i

soccorritori a trasportare questi individui in un territorio in cui possa essere garantita la protezione internazionale. Di qui il divieto di respingimento e la necessità di far approdare i migranti in Europa.

In seconda battuta, il Tribunale di Trapani non accoglie la richiesta di domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia in merito al contrasto fra la disciplina della Convenzione di Amburgo e il principio di protezione dal respingimento di cui all'art. 21 della Direttiva 2011/95/UE e Direttiva 2013/32/UE, che il Pubblico Ministero aveva promosso per valutare l'applicabilità al caso di specie della causa di non punibilità di cui all'art. 393-bis c.p., in ragione del fatto che la Convenzione di Amburgo non legittima il rimpatrio in Libia dei migranti soccorsi, ma ne impone il loro ricovero in un porto sicuro. Il giudice di prime cure ragiona quindi sulla compatibilità del *Memorandum* di intesa fra Italia e Libia del 2017 con il diritto internazionale consuetudinario e con la Convenzione di Amburgo del 1979 (per un approfondimento sul *memorandum*, cfr. L. Di Majo - I. Patroni Griffi, *Migrazioni e relazioni bilaterali fra Italia e Libia dal Trattato di Bengasi del 2008 al Memorandum of Understanding del 2017*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2018, pag. 203 s.).

Il giudice conclude nel senso che tale accordo, con il quale il Governo italiano e quello temporaneo libico hanno stabilito le condizioni di cooperazione per contrastare l'immigrazione irregolare nella c.d. zona SAR ed in particolare il potere della marina libica di chiedere alle autorità italiane la consegna e l'affidamento dei migranti soccorsi in tale tratto di mare, risultasse in contrasto, in primo luogo, con la Convenzione di Amburgo, per violazione del divieto di *non refoulement*, che all'epoca della sottoscrizione del *Memorandum* aveva già acquisito il rango di *jus cogens*. Di conseguenza, afferma sempre il Tribunale, la Convenzione italo-libica sarebbe priva di validità, poiché in conflitto con l'art. 53 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, il quale afferma che «è nullo qualsiasi Trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto

internazionale generale». Inoltre, per la stessa ragione, il *Memorandum* sarebbe risultato altresì incompatibile con l'art. 10 Cost., in ossequio al quale l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, fra cui rientrerebbe anche il principio del divieto di non respingimento. In altri termini, le autorità italiane, riportando i migranti verso la Libia, avrebbero agito in ottemperanza ad un ordine illegittimo, adottato in violazione del diritto internazionale consuetudinario. Così facendo avrebbero leso il diritto soggettivo dei migranti/rifugiati/richiedenti asilo di potere accedere al *place of safety*.

Solo al termine dello sforzo ricostruttivo della cornice normativa internazionale, che in sentenza occupa quasi i due terzi dell'intera pronuncia e con la quale in pratica si dà atto di una disapplicazione di un Trattato, il Tribunale procede a verificare se nel caso di specie fosse applicabile una scriminante, in particolare la legittima difesa.

Come detto, argomenta a favore di tale soluzione, assumendo che i fatti di reato commessi siano stati realizzati proprio per contrastare una situazione di pericolo «concreto» ed «attuale» venutasi a creare a causa del comportamento dell'equipaggio italiano della *Vos Thalassa* che, nel tentativo di portare i migranti verso le coste libiche, in adempimento di un ordine illegittimo, poiché fondato sul *Memorandum*, avrebbe «attaccato» e leso il diritto al non respingimento degli stessi.

Quanto al primo profilo, il Giudice di Trapani ritiene che la condotta del comandante della nave, che aveva cercato di riportare in Libia i migranti soccorsi, nella convinzione erronea di adempiere ad un ordine legittimo dell'autorità, configurasse una «*offesa ingiusta*», da intendersi come *contra ius* (cfr. C.F. Grosso, voce *Legittima Difesa*, in *Enc. Dir.* XXVII, Milano, 1974 pag. 36). Si sarebbe trattato, quindi, di un comportamento contrario agli obblighi internazionali di salvataggio e protezione.

La decisione esclude poi che lo stato di pericolo incombente sui migranti soccorsi potesse ritenersi «*volontariamente determinato*». Il Tribunale di Trapani argomenta circa l'involontarietà del pericolo affermando semplicemente che i migranti erano spinti dalla necessità impellente di salvare la propria vita (vedi pag. 67 della decisione: «*Nulla di volontario, quindi, ma la spinta di una necessità impellente di salvare la propria vita*»). In questo senso, il viaggio in mare faceva parte di un lungo percorso intrapreso per allontanarsi da luoghi pericolosi e non vivibili.

In merito agli elementi dell'«attualità del pericolo», della «proporzione» e della «necessità dell'azione difensiva», il Tribunale di Trapani dedica pochissime riflessioni. In relazione al primo profilo, la sentenza si limita a richiamare una precedente pronuncia della Corte di Cassazione, per la quale questo requisito «*implica un effettivo, preciso contegno del soggetto antagonista, prodromico di una determinata offesa ingiusta, la quale si prospetti come concreta e imminente*».

Con riferimento al criterio della proporzione, il Tribunale ritiene che i migranti coinvolti abbiano difeso in modo proporzionato i beni giuridici oggetto di aggressione, consistenti nella vita, nell'integrità fisica, nonché nell'interesse a non essere sottoposti a trattamenti disumani e alla tortura. L'esigenza di impedire il rimpatrio verso Paesi in cui i migranti sarebbero stati sottoposti a gravi violazioni dei diritti umani meriterebbe dunque di essere difesa anche attraverso l'impiego di azioni violente e minacciose nei confronti dei Pubblici Ufficiali italiani.

Di contro, invece, a detta del Tribunale di Trapani, l'equipaggio italiano avrebbe agito a tutela del diritto alla propria autodeterminazione. Dal bilanciamento dei due interessi in gioco, sarebbe stato inevitabile dovere assicurare una maggiore tutela ai migranti mediante il riconoscimento della scriminante di cui all'art. 52 c.p.

Infine, circa la necessità dell'azione difensiva, il Tribunale di Trapani afferma come in assenza di una reazione, seppur violenta e minacciosa da parte degli imputati, tutti i soggetti soccorsi sarebbero stati inevitabilmente ricondotti in Libia. In quel frangente, inoltre, in mancanza di un traduttore e non potendo essere fatto agevolmente uso della lingua italiana o inglese, non sarebbe stato possibile fare ricorso a diverse modalità di difesa del proprio diritto a sbarcare in un porto sicuro.

Le condotte realizzate, dunque, risultavano interamente scriminate. Per tale ragione, il Tribunale di Trapani assolveva perché il fatto non costituisce reato.

2.2. La riforma nel giudizio di secondo grado

La Corte di Appello di Palermo ha invece riformato la decisione di primo grado e condannato i due migranti per i fatti di reato di cui agli artt. 336 e 337 c.p. e art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286/1998 (per un primo commento, cfr. 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*, in www.sistemapenale.it (<http://www.sistemapenale.it/>), del 21 luglio 2020). Per ricostruire l'iter argomentativo della decisione ora in esame, occorre muovere dalle eccezioni esposte dalla Pubblica Accusa nella impugnazione della sentenza di primo grado. In particolare, la richiesta del P.M. avanzava i rilievi seguenti:

- i Trattati internazionali richiamati dal Tribunale di Trapani riconoscevano quale diritto soggettivo esclusivamente il diritto di asilo e non anche quello di *non refoulement*, che costituirebbe, viceversa, solo un principio di condotta imposto ai singoli Stati. Per tale motivo, dunque, non potrebbe ritenersi scriminato il comportamento di chi agisca con violenza o minaccia nei confronti di un soccorritore per tutelare un interesse non protetto direttamente a favore dell'individuo;

- in ogni caso, il Giudice di Trapani avrebbe errato sia nell'identificazione del c.d. «porto sicuro», che nell'individuazione dell'autorità effettivamente competente a gestire il soccorso. Trattandosi di zona SAR libica, solamente il Paese nordafricano sarebbe il responsabile dell'attività di soccorso e traduzione in luogo sicuro;
- il GUP avrebbe inoltre errato nel disapplicare in via interpretativa il Trattato di Amburgo poiché recepito in Italia con atto avente valore di legge. In questo senso, bene avrebbe fatto il Pubblico Ministero del primo grado a sollevare questione per ottenere una pronuncia interpretativa sulle direttive europee 2011/95/UE e 2013/32/UE da parte della CGUE, per chiarire i rapporti circa il diritto di asilo, proprio di ciascun individuo e il diritto al *non refoulement*, posto come condizione di operatività degli Stati in fase di soccorso e non come diritto individuale del migrante. Non facendo ciò, il Tribunale di Trapani avrebbe legittimato qualsiasi azione violenta o aggressiva volta ad opporsi alle attività di soccorso non in linea con le proprie aspettative;
- la scriminante della legittima difesa difetterebbe del requisito dell'«attualità del pericolo» in quanto *«al momento in cui i migranti avevano posto in essere le condotte violente e minacciose, al più sarebbe stato violato il principio di non respingimento che, come detto, costituisce un obbligo per lo Stato e non anche un diritto soggettivo per i soggetti soccorsi in mare; molti dei quali, avevano deciso liberamente di affidarsi a pericolose organizzazioni criminali per realizzare un loro progetto di vita europeo»* (pag. 5 sentenza).

Tuttavia, pur riconoscendo la complessità dei temi sui quali si incentra il caso, la Corte di Appello considera *«mal posta»* la dicotomia tra diritto del migrante e principio regolatore per lo Stato che opera il soccorso e ritiene assolutamente centrale verificare, in primo luogo, l'esistenza dei requisiti della legittima difesa nel caso di specie.

La Corte, per ragioni di "economia processuale" decide così di non soffermarsi più sulla ricostruzione dell'impianto normativo internazionale in materia di non respingimento, lasciando comunque intendere che anche da una diversa prospettazione della natura di tale principio si sarebbe in ogni caso concluso in senso negativo circa il riconoscimento della legittima difesa. Ed infatti, l'elemento centrale e decisivo per negare l'applicabilità della legittima difesa è quello della volontaria causazione da parte dei due migranti del pericolo venutosi concretamente a realizzare. Il Collegio, infatti, sostiene fermamente che il pericolo in cui sono incorsi gli imputati sia stato, in realtà, volontariamente causato o, quantomeno, preventivamente accettato dagli stessi. Se infatti è vero che *«la determinazione volontaria dello stato di pericolo esclude la configurabilità della legittima difesa non per la mancanza del requisito dell'ingiustizia dell'offesa, ma per mancanza del requisito della necessità della difesa»* - sostiene la Corte di Appello, richiamando la giurisprudenza di legittimità -, sarebbe arduo intravedere nel caso di specie gli elementi della «involontarietà» e della «necessità della difesa».

A detta dei Giudici di Palermo, infatti, i migranti coinvolti nel processo si sarebbero autonomamente e volontariamente messi in pericolo. Questi avrebbero agito pianificando la traversata lungo il mare Mediterraneo in condizioni di estremo pericolo e con l'aiuto di associazioni criminali organizzate. In questo contesto, l'intervento dell'unità navale italiana non sarebbe stato un fatto causalmente imprevedibile bensì *«l'ultimo di una serie di atti programmati, finalizzati a raggiungere il suolo europeo, con una serie di tappe prefissate»* (pag. 9 della sentenza).

Le condotte violente e minacciose, imputate ai due migranti, peraltro, non sarebbero state poste in essere per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo di un'offesa ingiusta, bensì *«come atto finale di una condotta delittuosa, studiata in anticipo e che correva il rischio di non essere*

portata a termine a causa dell'adempimento da parte della Vos Thalassa di un ordine impartito da uno Stato sovrano che aveva la competenza sulla Zona SAR ove vennero messi in atto i soccorsi».

A sostegno della propria argomentazione, la Corte di Appello precisa che il richiamo alla normativa internazionale, contraltare per valutare l'ammissibilità della legittima difesa, non avrebbe avuto comunque come esito il riconoscimento della scriminante e ciò in virtù anche di un generale criterio di ragionevolezza. Sostiene infatti la Corte di Appello di Palermo che sarebbe *«davvero in contrasto con i principi di ragionevolezza dell'ordinamento giuridico e persino in qualche modo criminogena, una interpretazione dei principi regolatori della causa di giustificazione della legittima difesa, applicata al diritto del mare, che consentisse ai migranti di azionare sempre e comunque comportamenti obiettivamente illeciti nei confronti di equipaggi marittimi che non assecondassero la loro volontà di raggiungere le coste europee, peraltro in situazioni di pericolo intenzionalmente causate; o la cui causazione sia stata da loro volontariamente accettata».*

Dunque, avrebbe errato il Tribunale di Trapani applicando la scriminante della legittima difesa a favore di chi agisca in maniera violenta in una situazione di pericolo volontariamente causata. Per di più, le condizioni di pericolo non sarebbero neanche state determinate da uno stato di necessità concreto e tangibile. Ciò impedirebbe di riconoscere sia l'esimente dello stato di necessità che della legittima difesa.

Nell'ultima parte della motivazione in diritto, la Corte di Appello interviene in modo molto critico sulle argomentazioni della sentenza di primo grado, rilevando come queste siano fondate più su un *«approccio ideologico alle soluzioni della vicenda che non su una serena analisi degli istituti giuridici».* In particolare, nelle battute finali, la Corte tenta quasi di ammonire il giudice di

Trapani, incorso nell'errore di aver dismesso il ruolo proprio per «*creare delle scorciatoie*» anche pericolose e scriminare così dei comportamenti dotati di significativo disvalore penale.

In conclusione, esclusa dunque l'esistenza di alcuni dei presupposti che consentono di riconoscere la legittima difesa, la Corte procede a ripercorrere i fatti come contestati e già provati in primo grado e a dichiarare la responsabilità penale dei due imputati, in riforma della prima decisione, per i delitti di violenza o minaccia, resistenza a Pubblico Ufficiale (336 e 337 c.p.) e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286/1998).

3. Il carosello delle scriminanti e la neutralità del principio di non respingimento nel caso Vos Thalassa. Verso il superamento di un manicheismo fra diritto penale e diritto umanitario

Alla luce di quanto fin qui riportato, in primo luogo, emerge chiaramente come le due decisioni, di primo e secondo grado, siano state formulate sulla base di un approccio ermeneutico completamente antitetico.

Se il Tribunale di Trapani ha fondato le proprie argomentazioni a favore dell'applicazione della scriminante sull'esistenza del divieto di *non refoulement*, quale principio immanente, ricavandolo dalla normativa internazionale in materia, la Corte di Appello di Palermo ha, invece, agito esattamente al contrario. Ovvero, pur nel rispetto della normativa internazionale, ha privilegiato l'esigenza di verificare i presupposti della scriminante, ritenendo di contro indifferente, ai fini della qualificazione del fatto, accertare che il divieto di respingimento si ponga quale diritto soggettivo assoluto o quale mero principio di condotta per lo Stato.

Tuttavia, entrambe le prospettive interpretative sono caratterizzate per dare luogo ad un *atto di scelta* preciso, di volontà, con cui, attraverso il carosello delle scriminanti, si è inteso offrire indirettamente un modello di approccio ai fenomeni del naufragio e soccorso dei migranti in mar Mediterraneo.

In un certo qual modo, sia il giudice di Trapani che la Corte di Appello di Palermo (ma ciò è riscontrabile anche in altri casi), si sono abbandonati al canto delle *sirene*, orientando la propria decisione verso un obiettivo, sia pure a costo di maturare motivazioni in diritto che prestano il fianco a varie critiche. In particolare, è stata messa da parte ogni sorta di argomentazione rispetto alla configurabilità del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 268/98, che probabilmente non avrebbe mai dovuto essere contestato ed applicato per assenza degli elementi costitutivi della fattispecie. In entrambe le sentenze, infatti, non vengono dedicate riflessioni circa l'applicabilità della fattispecie che tuttavia, nello specifico, la Corte di Appello ritiene correttamente perfezionata.

Ebbene, però, nel complesso, la decisione della Corte di Appello di Palermo appare maggiormente coerente con i principi e i canoni della materia penale rilevanti per la soluzione di questo complesso caso.

Se, per un verso, i giudici di Palermo non hanno saputo rinunciare a commentare la decisione di primo grado anche per profili non direttamente collegati alle fattispecie coinvolte, smarrendo a tratti la propria visuale dall'oggetto principale della questione, per un altro, non hanno riscontrato particolari difficoltà nel riformare una decisione molto fragile circa l'identificazione degli elementi costitutivi della legittima difesa.

La Corte di Appello di Palermo, infatti, si concentra direttamente sull'analisi dei requisiti della legittima difesa, non senza prima segnalare che l'alternativa della qualificazione del divieto di *non refoulement* quale diritto soggettivo o

prerogativa dello Stato e non del singolo (sulla natura del diritto, fra gli altri, F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo in Diritti Umani e Diritto*, 2010, pag. 487 s.) sia, come ricordato, non solo «mal posta», ma anche irrilevante per la definizione del caso. In proposito, la Corte non interviene direttamente sulla natura del divieto di non respingimento e sugli effetti che tale principio produce nella risoluzione del caso di specie, ma ne dichiara la "neutralità" rispetto alla configurabilità dei requisiti della legittima difesa. E ciò non perché la Corte di Palermo si trovasse in imbarazzo o in difficoltà nel riconoscere il *non refoulement* come diritto soggettivo, quanto piuttosto perché non individua nella sede penale il luogo adatto al controllo circa l'effettività del diritto internazionale consuetudinario e pattizio da parte degli Stati e alla diretta disapplicazione di norme e Trattati internazionali.

Del resto, non v'è dubbio che il divieto di non respingimento assuma le vesti di un diritto dell'individuo, riconosciuto sia dal diritto internazionale, *in primis*, dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, sia, per quanto attiene più da vicino l'UE, dall'art. 78 del TFUE, dalla Convenzione EDU (art. 3) e dalla Carta di Nizza (art. 19).

Recentemente, la stessa Corte EDU, con le sentenze *Sharifi c. Italia e Grecia* del 2014, *Khalifia c. Italia* del 2015, nonché già nel 2012 con la sentenza *Hirsi c. Italia* (fra i vari commenti, S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e principio di "non refoulement": la Corte EDU condanna l'Italia per i respingimenti forzosi di migranti in alto mare*, nota a Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. C. Italia*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2/2013, pag. 454-465; C. Cellamare, *Brevi note sulla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pag. 493 s.; A. Liguori, *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. Dir. Int.*, 2/2012, pag. 415-443) aveva infatti provveduto a ricavare tale principio

dall'art. 3 CEDU e a sancire il principio per il quale gli Stati firmatari devono rispettare il divieto di *non refoulement* non solamente durante i controlli di frontiera, ma anche in operazioni di soccorso in alto mare.

Nello specifico, la sentenza *Hirsi* ha affermato che tale principio vieterebbe non solamente il rimpatrio della persona nel Paese di origine in cui rischierebbe di essere sottoposto a trattamenti disumani e degradanti e, in generale, alla violazione dei diritti umani, ma anche il suo trasferimento in altri Paesi in cui vi sia il rischio di un successivo rimpatrio nel Paese di origine, ovvero il respingimento indiretto.

Anche l'ordinamento giuridico nazionale italiano gode di una disciplina specifica in tema di divieto di respingimento per i soggetti richiedenti asilo politico e per i rifugiati. Per l'esattezza, l'art. 19 del Testo Unico sull'Immigrazione del 1998, come modificato con la legge n. 110/2017 che ha introdotto il delitto di tortura (cfr., fra gli altri, E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, pag. 217 s.), prevede che non possa essere disposta l'espulsione o il respingimento in Stati in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, religione, sesso, lingua, cittadinanza, opinioni politiche, etc., nonché quando esistano fondati motivi di ritenere che il soggetto rischi di essere sottoposto a tortura o alla violazione dei diritti umani.

Eppure, probabilmente, la Corte di Palermo avrebbe dovuto dedicare qualche spunto di riflessione in più in merito ai profili più critici della materia, che non attengono – come visto – alla qualificazione giuridica del principio di diritto internazionale, ma alla giurisdizione e alla competenza delle autorità nazionali nei soccorsi dei migranti in alto mare e all'azionabilità del diritto al non respingimento da parte del singolo individuo. Ciò evidenzia, da un lato, come in un tribunale non si possano prospettare significative soluzioni a tutti i problemi legati ai flussi migratori, peraltro disapplicando di fatto un trattato

internazionale; dall'altro, fa comprendere che nel momento in cui la materia penale acceda a questi temi e diventi, *oborto collo*, strumento di prevenzione e contrasto alla realizzazione di reati, essa debba essere applicata nei termini obiettivati nel testo adottato dal Legislatore.

Ciò si traduce, per quanto specificamente attiene al caso in esame, al dovere del giudice di verificare con precisione se il comportamento posto in essere dai due migranti imputati risulti realmente scriminato, non solo in virtù dell'esistenza di un principio di diritto internazionale consuetudinario immanente, pienamente accettato e riconosciuto, ma della conformità della condotta ai requisiti specifici che escludono la pena. Anche nell'ambito del diritto umanitario e dell'immigrazione, dunque, non si può prescindere, per l'applicazione della pena, dall'effettuare un bilanciamento degli interessi in conflitto, una verifica del c.d. «mezzo adeguato» per il raggiungimento di uno scopo consentito dall'ordinamento; nel caso della legittima difesa, tutto ciò richiede il riscontro, quantomeno, del carattere dell'offesa ingiusta, dell'attualità del pericolo, della sua volontaria causazione e della proporzionalità fra difesa e offesa.

4. «Esternalizzazione delle frontiere», soccorso in mare e tutela dei confini

Calibrare l'intervento della norma penale nel settore che coinvolge i diritti umanitari non è dunque affatto agevole. Da tempo ormai la politica di gestione dei flussi migratori portata avanti dall'UE e dai singoli Paesi membri è connotata, oltre che da una gran confusione, da finalità di contrasto all'immigrazione irregolare, di mantenimento della sicurezza nazionale e di lotta ai traffici illeciti nel mediterraneo (di recente, vedi V. Militello – A. Spina – A. Mangiaracina – L. Siracusa (a cura di), *I traffici illeciti nel mediterraneo. cit.*) che, per certi aspetti, mal si conciliano con esigenze umanitarie e di tutela dei diritti umani.

La moltiplicazione degli interessi da tutelare ha così prodotto una parcellizzazione della produzione normativa, a tutti i livelli, ed una chiara sovrapposizione fra attività di sorveglianza e controllo delle frontiere e attività di salvataggio. Tant'è vero che le Capitanerie di Porto e la Guardia Costiera, istituzionalmente preposte al soccorso in mare, sono oggi pienamente coinvolte nelle operazioni di contrasto all'immigrazione irregolare.

La c.d. «esternalizzazione delle frontiere», ha prodotto rapidamente una evidente incertezza nell'individuazione, interpretazione e applicazione dei principi in materia di soccorso e salvataggio. Resa ancora più lampante dall'inefficacia della politica migratoria europea che ha lasciato molti spazi sia all'espansione di modelli bilaterali di accordo fra Stati ma, in alcuni casi, anche all'uso della forza (soprattutto lungo il confine greco-turco e sullo stretto di Gibilterra) con decisive conseguenze sulla violazione dei diritti umani, in mare e su terra.

Nel Mediterraneo centrale, la frontiera è diventata letteralmente un luogo liquido, che si materializza solo dove si trova il titolare del diritto o dove si manifesta la condotta rilevante per il diritto nazionale e internazionale (cfr. P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002). Gli Stati europei di destinazione dei flussi migratori hanno dunque spostato le procedure di controllo dei flussi migratori al di fuori del proprio territorio, trasferendo le responsabilità derivanti in capo a soggetti terzi, organi statali o privati che siano. Le misure c.d. di «*pull-back*» oggetto, ad esempio, del *Memorandum* fra Italia e Libia del 2017, hanno dunque lo scopo di trattenere in un territorio straniero i migranti, onde lì verificare l'esistenza dei requisiti per esercitare il diritto di asilo, per ottenere lo *status* di rifugiato, ed essere così eventualmente accolti in Europa.

Nel caso che qui interessa, dunque, senza entrare per adesso nel merito della conformità del *Memorandum* al diritto internazionale pattizio e consuetudinario (di cui si lamenta l'illegittimità perché non è stato ratificato secondo la procedura di cui all'art. 80 della Cost.), se ne dovrebbe dedurre, *prima facie*, che il controllo e l'accertamento sui presupposti per potere godere dello *status* di rifugiato o di richiedente asilo avrebbe dovuto essere esercitato dall'Autorità libica, a ciò deputata proprio in virtù dell'accordo bilaterale.

Dunque, in virtù di tale premessa, non solo l'equipaggio italiano non sarebbe stato legittimamente incaricato di "prendere in consegna" i migranti nella zona SAR interessata, ma avrebbe dovuto necessariamente trasferirli in favore delle motovedette libiche. Solo quell'autorità, sempre in base al Trattato, avrebbe avuto il dovere di accertare se quei migranti fossero in possesso dei requisiti per non essere respinti nuovamente nei loro territori d'origine. Si manifesta, quindi, un chiaro corto-circuito. Questo meccanismo è stato, infatti, evidentemente predisposto per favorire in modo primario esigenze di controllo dei confini nazionali a discapito di una buona gestione dei flussi migratori in conformità ai principi di diritto internazionale e dei diritti umani.

5. Legittima difesa degli imputati o adempimento di un dovere del Capitano?

In base a questa sommaria conclusione, ai fini del riconoscimento della legittima difesa, sarebbe stato difficile rinvenire sia il requisito dell'ingiustizia dell'offesa, per quanto latamente intesa, e l'attualità del pericolo, che si sarebbe concretizzato solo al momento del controllo da parte delle autorità libiche.

Tuttavia, del vizio intrinseco di conformità del *Memorandum* fra Italia e Libia del 2017 al diritto internazionale pattizio, probabilmente - e non è detto che ciò sia stato corretto -, la Corte di Appello di Palermo decide di non

occuparsene direttamente, neanche sollevando questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, I comma, Cost., o artt. 10 e 80 Cost. E ciò non per timore di addivenire ad una decisione con cui disconoscere la natura del principio di *non-refoulement*, ma per la consapevolezza che se il fatto fosse stato posto in essere nel "pieno rispetto" del diritto internazionale, in ogni caso, non sarebbe stato possibile rinvenire tutti gli estremi della legittima difesa nelle condotte violente e minacciose dei due imputati riscontrate anche nel giudizio di primo grado, seppur giustificate dalla scriminante ricordata.

Se si considera però che il giudizio penale non è, come già più volte detto, il luogo in cui si possa procedere ad una disapplicazione implicita di una norma di diritto internazionale e che il *Memorandum* fra Italia e Libia potrebbe comunque risultare legittimo poiché adottato in virtù del procedimento di stipulazione semplificata degli accordi (per un approfondimento manualistico, cfr. N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, 2009, Torino, pag.185-193; è sufficiente ricordare due casi esemplari di stipulazione semplificata: il primo concerne l'adesione alle Nazioni Unite, sanata dopo un decennio dalla richiesta di ammissione con l. 848/1957 e il Trattato di Osimo del 1975, che affrontava la questione dei confini del nostro Paese con la Ex-Jugoslavia) difficilmente potrebbe ritenersi *de plano* illegittimo l'ordine impartito dal MRCC al Capitano della *Vos Thalassa*.

In questa situazione e in assenza di una dichiarazione di illegittimità esplicita del Trattato, va riconosciuto che il Capitano della *Vos Thalassa* ha adempiuto ad un dovere imposto da una norma giuridica e ad un ordine legittimo dell'Autorità, ai sensi dell'art. 51 c.p. In questo senso, dunque, la condotta sarebbe formalmente legittima e l'offesa arrecata al diritto dei migranti a non essere respinti «giusta» (cfr. Grosso C.F., voce *Legittima difesa*, *op. cit.*, pag. 36).

Nel caso di specie, stante quanto premesso, i presupposti formali e sostanziali di legittimità dell'ordine sembrano riscontrabili e difficilmente potrebbe attribuirsi al Capitano della *Vos Thalassa* il potere di sindacare la legittimità dell'ordine (cfr. A. Santoro, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957, pag. 169 s.).

Né si può riconoscere a tale soggetto un potere di verifica dei presupposti di legittimità della fonte normativa in base alla quale proviene l'ordine; ciò, sia in virtù del fatto che, in linea di principio, l'accertamento di legittimità spetterebbe ai superiori e, al più, ad altri organi dello Stato, sia per mancanza degli strumenti tecnico-giuridici per apprezzare la reale conformità dell'ordine alla norma del Trattato.

Infine, anche a voler ritenere che il Capitano abbia dato esecuzione ad un ordine illegittimo, questi sarebbe esentato da responsabilità in quanto, per errore di fatto, avrebbe comunque ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo dell'autorità. Non parrebbe infine possibile ritenere che l'ordine di inversione di rotta impartito potesse presentare una «*manifesta criminalità*» (cfr. G. Fornasari, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. Pen.*, 2/1994, pag. 365 s.) che, invece, non avrebbe escluso la responsabilità penale dell'agente. Del resto, almeno in una prima battuta, l'ordine rilasciato non assumeva i connotati di un fatto di reato o di un crimine contro l'umanità.

In questo contesto, a loro volta, le condotte di aggressione e di minaccia esercitate dai migranti, al più, in presenza di tutti i requisiti richiesti, avrebbero potuto essere scriminate in forza di uno stato di necessità, ex art. 54 Cost., che, come noto, però, tende a salvaguardare non un qualsiasi diritto da una offesa ingiusta come nella legittima difesa, bensì «*il pericolo attuale di un danno grave alla persona*». L'offesa, peraltro, non sarebbe stata esercitata contro un terzo, bensì contro il putativo aggressore.

Probabilmente, dunque, questa argomentazione avrebbe potuto agevolare sia una lucida ricostruzione delle norme e dei principi sui Trattati internazionali e conseguentemente una soluzione più strutturata circa la selezione della scriminante da impiegare.

6. I requisiti della legittima difesa. Alcune riflessioni sull'attualità del pericolo, la volontaria causazione e necessità della reazione nel caso Vos Thalassa

Tuttavia, la Corte di Appello di Palermo non prende in considerazione l'ipotesi di valutare la conformità della condotta del Capitano della *Vos Thalassa* al diritto, tanto da propendere comunque per la qualificazione dell'offesa come «ingiusta».

Alcune riflessioni possono ora essere spese sui requisiti della legittima difesa onde verificare la tenuta della decisione della Corte di Appello.

Non si tornerà invece sulla sentenza del Tribunale di Trapani. Questa appare decisamente troppo fragile sul punto, per il semplice fatto che le argomentazioni non sono fondate su elementi concreti e attuali, bensì su ricostruzioni generalizzate del diritto internazionale e dei presupposti della legittima difesa anche attraverso eccessivi richiami a testi e documenti privi, in sé, di un'efficacia probatoria in sede penale (vedi relazioni dell'UNHCR).

Come già anticipato, la sentenza della Corte di Appello si concentra prevalentemente sul riconoscimento della volontaria causazione del pericolo o della consapevole accettazione del rischio da parte dei migranti imputati, quale componente idonea a far venire meno i requisiti della necessità della difesa o dell'ingiustizia dell'offesa, dunque dell'esimente nel suo complesso. In particolare, riscontra tale elemento nel fatto che i migranti abbiano volontariamente accettato il rischio di intraprendere un viaggio molto difficile,

governato da organizzazioni criminali, dall'esito incerto. La Corte di Appello di Palermo, quindi, non lega l'evento che fa emergere la volontarietà della causazione del pericolo con il momento del naufragio e con il soccorso in mare espletato dalle Autorità Italiane. Tuttavia, secondo un'altra lettura resa da alcuni commentatori, la Corte di Appello avrebbe inteso legare l'evento che fa emergere la volontarietà della causazione del pericolo con il momento del naufragio. Tale prospettiva ha condotto a criticare questa scelta (cfr. F. Cancellaro, *Caso Vos Thalassa: una discutibile pronuncia della Corte di Appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement*, in *ADiM blog*, agosto 2020; L. Maserà, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia*, *op. cit.*, pag. 9 s.), per segnalare invece che la non volontaria causazione del pericolo sia un elemento costitutivo dello stato di necessità, che il pericolo di naufragio possa riferirsi solo alla verifica della sussistenza o meno di questa sola causa di giustificazione e che, infine, questo fatto nulla abbia a che fare con il pericolo di respingimento.

Pur rilevando la problematicità del ricorso in questo campo ad un istituto come la legittima difesa sottoposto continuamente a innovazioni per spinte di politica-criminale elettorale, appare possibile affermare che la Corte di Palermo abbia correttamente ritenuto che il requisito della volontarietà del pericolo causato possa applicarsi anche a questa scriminante. Sul punto, dottrina e giurisprudenza hanno espresso un giudizio unanime: le divergenze esistenti, infatti, non hanno ad oggetto l'ammissibilità del criterio della causazione volontaria del pericolo nella legittima difesa, bensì la possibilità di far venire meno il requisito della necessità della difesa o dell'ingiustizia dell'offesa. Se ne deduce che l'art. 52 c.p. non è applicabile al soggetto che si metta dolosamente in pericolo o che affronti una situazione di rischio prevista ed accettata (cfr. C.F. Grosso, voce *Legittima difesa*, *op.cit.*, pag. 46.).

Riconoscere poi in capo all'imputato migrante, che si mette in viaggio, l'accettazione del rischio o la sua volontaria causazione è probabilmente un atto che tocca molte corde, che invade più campi e prospettive, e che rischia di giudicare ogni interprete secondo una visione manichea e dicotomica del tema migrazione, per la quale l'applicazione della sanzione penale corrisponde ad uno spirito conservatore, mentre la non punibilità esprime ragioni liberali e più umanitarie. Eppure, ciò che bisogna garantire, soprattutto nelle aule del tribunale, è che la componente emotivo-politica rimanga estranea al giudizio e non, al contrario, quella normativa.

Nel caso di specie, poi, la Corte di Appello ha inteso legare la volontaria determinazione del pericolo non al singolo "evento" del naufragio, come da alcuni ritenuto, ma al respingimento prospettato (poi comunque non realizzato grazie all'intervento finale della nave *Diciotti*). Il naufragio rappresenta l'accadimento tragico per antonomasia nelle vie terribili del Mediterraneo ma, nella prospettiva della Corte appare da esaminare nell'insieme, con tutti i segmenti di condotta che hanno determinato i migranti a trovarsi a bordo della *Vos Thalassa* in quel momento e in quelle condizioni.

Il naufragio rappresenta dunque solo una parte della condotta complessiva, nella quale gli imputati si sono trovati nella situazione di mettere essi stessi in pericolo il proprio diritto, consistente non certo ad essere accolti in Italia, ma a suffragare qui l'esistenza delle condizioni che avrebbero determinato il non respingimento nei loro Paesi di origine. Non vi è alcun elemento, peraltro, allo stato dell'arte, che possa dimostrare, *a contrario*, che in mancanza dell'azione violenta e minacciosa da parte degli imputati, questi, non sarebbero stati sottoposti ad un controllo circa l'esistenza delle condizioni e dei requisiti per riconoscere lo *status* di rifugiato o di avente il diritto di asilo e comunque rimpatriati dallo Stato italiano.

In questo senso, è infatti opportuno tenere sempre a mente che il diritto al *non refoulement* non combacia con il diritto a entrare in suolo italiano o in quello di un altro Paese europeo, bensì con la necessità di assicurare l'accoglienza in un porto sicuro, ovvero in un luogo in cui il respingimento verso il Paese di origine non sia consentito, al pari di forme di trattamento disumani e degradanti della persona, sempre che non vi siano comprovate ragioni di rischio per la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico.

Semmai, in questo contesto, la Corte di Appello di Palermo, insieme alla volontaria causazione del pericolo o alla sua consapevole previsione, avrebbe dovuto accertare in modo più specifico l'esistenza dei requisiti dell'«*attualità del pericolo*» e della «*necessità della reazione*». Infatti, presupposto fondamentale della legittima difesa è che, in assenza dell'intervento immediato dell'Autorità pubblica, l'aggressione provochi un pericolo attuale di offesa ad un bene giuridico idoneo a determinare solo quel tipo di reazione e nessun'altra.

In primo luogo, occorre dunque accertare che la minaccia di lesione e offesa al bene sia concreta, incombente, se non imminente al momento del fatto, tale per cui l'unico mezzo per mettere al riparo il bene posto in pericolo sia da rinvenire solo in uno specifico comportamento, come in questo caso, in un atto violento o minaccioso.

Eppure, a rigor di logica, l'offesa che si ritiene arrecata determinando così il pericolo di respingimento non aveva ancora assunto i caratteri dell'attualità nel momento in cui la *Vos Thalassa* si era diretta nuovamente verso il mare territoriale libico. In quel momento, *rebus sic stantibus*, il pericolo poteva solo essere eventuale, potenziale o al più futuro. Conseguentemente, per ciò che concerne la necessità della difesa e, indirettamente l'elemento della proporzione, i due soggetti imputati avrebbero potuto reagire con

comportamenti meno dannosi nei confronti dell'equipaggio, nella consapevolezza di potere fra l'altro interloquire direttamente con l'autorità statuale, ora italiana, ora libica.

Del resto, il giudizio circa l'esistenza di un pericolo attuale va effettuato su basi oggettive esistenti al momento della realizzazione della condotta offensiva. Queste, infatti, devono apparire idonee, secondo la migliore scienza e esperienza, a provocare l'evento lesivo che si vuole scongiurare mediante l'azione difensiva. Argomentare sulla base di circostanze conoscibili, eventuali, o conosciute solo dall'offensore o da chi si difende, condurrebbe proprio a sottoporre la legittima difesa ad applicazioni incerte, condizionate eccessivamente dai valori che l'oggetto del giudizio pone in evidenza o, comunque, al rinvio alla legittima difesa putativa, ex art. 59, 1° comma, c.p. Tuttavia, come noto, questa può configurarsi solo se e in quanto l'erronea opinione della necessità di difendersi venga fondata su dati di fatto concreti, di per sé idonei a creare un pericolo attuale, ma tali da giustificare nella mente dell'agente la ragionevole persuasione di trovarsi in una situazione di pericolo che, comunque, deve trovare correlazione nelle circostanze oggettive in cui la difesa si manifesta. Tale prospettiva, oltre a non essere stata discussa dalla Corte di Palermo, non rappresenta effettivamente una strada praticabile alla luce delle circostanze in cui il fatto è avvenuto.

Così come sostenere l'attualità del pericolo (senza per questo sminuire la gravità degli accadimenti) sulla base dei soli report effettuati dagli organismi internazionali sulle violazioni dei diritti umani in Libia, significherebbe imporre un ragionamento presuntivo che indipendentemente dalla fondatezza fattuale aggirerebbero il necessario riscontro concreto per accertare l'integrazione nel fatto dei requisiti della scriminante. Pur se in relazione al diverso requisito della proporzionalità può essere utile menzionare che l'introduzione da parte del Legislatore di una presunzione per i casi di violazione di domicilio abbia

scatenato dubbi e contestazioni di ogni tipo (fra i primi commenti all'ultima novella in materia legge n. 36 del 26 aprile 2019, G.L. Gatta, *La nuova legittima difesa: un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it (<http://www.penalecontemporaneo.it/>), del 01 aprile 2019), a favore, e ritengo ragionevolmente, di una valutazione concreta e caso per caso del requisito.

Al tempo stesso, come già anticipato, sembrerebbe difficile poter intravedere gli elementi della legittima difesa putativa, la quale – si ricorda – non può valutarsi esclusivamente alla luce di criteri soggettivi, identificabili, come in questo caso, nel timore o nello stato d'animo dell'agente, ma sulla base di elementi oggettivi, chiaramente riscontrabili e che denotano l'imminente e certa lesione del bene giuridico del soggetto che si difende (cfr. G. De Vero, *Le scriminanti putative*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1998, pag. 773 s.). Il rischio, come è stato evidenziato negli ultimi anni, sempre alla luce delle modifiche apportate alla legittima difesa (ancora S. Aprile, *Un'altra riforma della legittima difesa: molta retorica e poche novità*, in *Cass. Pen.*, 7/2019, pag. 2414-2425) è quello di arricchirla di componenti soggettive strumentalmente idonee ad orientare l'istituto verso obiettivi di politica criminale piuttosto dubbi (da ultimo per quanto riguarda l'elemento del «grave turbamento», vedi F. Bacco, *Il «grave turbamento» nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5/2019, pag. 53-74).

In conclusione, dunque, al di là della più o meno discutibile scelta di ancorare l'argomentazione a favore della responsabilità penale degli imputati sull'esistenza della volontarietà del pericolo causato, una rigorosa valutazione dei requisiti della legittima difesa, in particolare dell'attualità del pericolo e della necessità della difesa, avrebbe tendenzialmente comunque condotto allo stesso risultato.

7. La «stanchezza della catastrofe». Conclusioni

Nell'attesa dunque di constatare come si orienterà la Corte di Cassazione, è indubbio che casi come quello della *Vos Thalassa*, della *Open Arms* o della *Diciotti*, meritino un rapido intervento del Legislatore, nazionale ma soprattutto euro-unitario, volto a regolamentare il fenomeno della migrazione nel Mediterraneo alla luce di un chiaro ed effettivo bilanciamento degli interessi in rilievo, dei diritti umani e delle esigenze di sicurezza nazionale.

Sono proprio i drammatici accadimenti legati ai fenomeni migratori di quest'ultimo ventennio a mettere a dura prova la tenuta di alcuni fra i principi più significativi delle democrazie occidentali contemporanee e, quindi, a meritare urgentemente una rivalutazione della disciplina in materia, anche in relazione ai profili penalistici, per scongiurare l'acuirsi del fenomeno, non abituarsi alla «*stanchezza della catastrofe*» (Z. Bauman, *I migranti risvegliano le nostre paure. La politica non può rimanere cieca*, intervista a cura di A. Guerrera, in *La Repubblica*, 29 agosto 2015) e garantire così un equilibrio fra sicurezza pubblica ed esigenze umanitarie.

Del resto, anche la disciplina in materia di contrasto all'immigrazione irregolare, qui venuta in gioco per il tramite dell'art. 12, 3° comma, dimostra come non vi sia chiarezza circa le modalità con cui affrontare la crisi umanitaria in corso, in cui, troppo spesso la persona è vista come un mezzo e non come un fine.

Tuttavia, fino a quel momento, attribuire al Giudice Penale tale compito significherebbe rendere incerti i paradigmi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, lasciando eccessivi spazi a interventi che, peraltro, rischiano di alterare in modo troppo discrezionale la scala dei valori obiettivata dall'ordinamento.

