

**Esiste davvero l’obbligo di disporre tempestivamente lo sbarco dei migranti? I poteri ministeriali tra esigenze di soccorso marittimo ed esigenze securitarie. Appunti sul “caso Gregoretti”.**

di *Emiliano Mezzasalma*

**Sommario.** 1. Premessa. - 2. La vicenda. - 3. L’atto ministeriale censurato. - 4. Atto politico o atto amministrativo? - 5. Atto di alta amministrazione? - 6. L’insussistenza del reato di sequestro di persona aggravato. - 6.1. L’elemento oggettivo. - 6.1.1. L’incertezza sull’obbligo giuridico di fornire il p.o.s. - 6.1.2. L’assenza della lesione della libertà personale dei migranti. - 6.1.2.1. Primo profilo. - 6.1.2.2. Secondo profilo. - 6.2. L’elemento soggettivo. - 6.2.1. L’intenzione del ministro. - 6.2.2. La scriminante ex art. 51 c.p. - 6.3. Riepilogo e considerazioni finali. - 7. Note a margine sull’autorizzazione a procedere da parte del Senato della Repubblica. - 7.1. Ritorna la strumentalizzazione politica del procedimento per i reati ministeriali? - 7.2. Considerazioni sulla sussistenza delle scriminanti *extra ordinem*.

## **1. Premessa.**

Un caso è solo un caso. Due casi non sono più un “caso” e potrebbero dare avvio ad un orientamento.

Prima con il “caso Diciotti” e dopo con il “caso Gregoretti”, qui in commento, viene posta all’attenzione degli interpreti una questione giuridica che – al di là delle rozze traduzioni di una certa politica amplificate da un certo giornalismo tutt’altro che indipendente – merita di essere adeguatamente approfondita.

Il Tribunale di Catania, sezione reati ministeriali, con due relazioni praticamente identiche, ha sostenuto una particolare interpretazione della normativa regolante il rilascio del nullaosta allo sbarco dei migranti irregolari tratti in salvo nel corso di operazioni di salvataggio marittimo secondo cui – presupponendo la sussistenza dell’obbligo di fornire un porto di sbarco – tale nullaosta andrebbe rilasciato tempestivamente. L’implicazione immediata di tale interpretazione è che qualunque dilazione nel rilascio del nullaosta non dovuta a motivazioni esclusivamente tecniche, legate alla individuazione del miglior porto di sbarco, comportando un trattenimento dei migranti a bordo delle unità di soccorso, si tradurrebbe in una ingiustificata privazione della libertà personale dei migranti stessi.

In entrambe le vicende, infatti, il Tribunale di Catania ha ipotizzato l’integrazione del reato di sequestro di persona aggravato a carico del

ministro dell'Interno allora in carica ritenuto colpevole di aver ritardato lo sbarco.

Occorre premettere che con i passati governi il nullaosta allo sbarco veniva rilasciato in modo quasi automatico. Con l'insediamento del Governo Conte I, e del suo ministro dell'Interno, tale automaticità è venuta meno. Notoriamente, il ministro dell'Interno in questione – nel quadro delle nuove politiche governative tese all'affermazione di una politica europea comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri – si è riservato di rilasciare il nullaosta allo sbarco previo raggiungimento di un accordo in sede europea sulla redistribuzione dei migranti da far sbarcare.

Ed è proprio questa l'azione ministeriale che è stata messa sotto accusa.

La conseguenza più rilevante di tale posizione è che, al momento dello sbarco, all'amministrazione competente sarebbe precluso l'esercizio di poteri discrezionali finalizzati all'utilizzo di meccanismi di controllo dei flussi migratori – come appunto quello della redistribuzione preventiva – con evidente mortificazione delle esigenze di tutela della sicurezza pubblica. Mentre l'importanza degli interessi in gioco suggerirebbe una posizione più equilibrata che contemperi l'esigenza di garantire lo sbarco con l'esigenza securitaria.

Nel presente contributo si sottoporrà ad esame la relazione presentata al Senato dal Tribunale di Catania per il “caso Gregoretti” al fine di verificare la fondatezza dell'interpretazione proposta e la sostenibilità della conseguente ipotesi accusatoria.

## **2. La vicenda.**

Il 26 luglio 2019 venivano trasbordati sulla nave della Guardia Costiera “B. Gregoretti” 135 migranti irregolari tratti in salvo il giorno precedente in zona s.a.r. maltese da un pattugliatore della G.d.F. e da una motovedetta della Guardia Costiera.

La nave faceva rotta dapprima verso il porto di Catania, dove venivano fatti sbarcare per ragioni sanitarie 4 migranti, e poi verso il porto di Augusta, dove la nave ormeggiava il 28 luglio. Il giorno successivo veniva autorizzato lo sbarco di 16 minori presenti a bordo.

Infine, il 31 luglio veniva autorizzato lo sbarco dei restanti 115 migranti rimasti a bordo i quali venivano poi trasferiti presso l'hotspot di Pozzallo.

L'autorizzazione allo sbarco veniva concessa solo dopo l'avvenuta comunicazione, da parte della Rappresentanza Permanente dell'Italia presso l'U.E., della disponibilità di alcuni paesi europei ad accogliere una parte dei migranti, in seguito alla richiesta formale avanzata in tal senso dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

Per tali fatti venivano avviate delle indagini per sequestro di persona a carico del ministro dell'Interno allora in carica al quale veniva imputata la decisione

di subordinare il rilascio dell'autorizzazione allo sbarco all'ottenimento della disponibilità da parte di altri paesi europei all'accoglienza dei migranti. Ciò sulla base dell'assunto che tale decisione, comportando un ingiustificato ritardo nel rilascio della predetta autorizzazione, e di conseguenza la permanenza dei migranti a bordo della nave, avesse causato una illegittima privazione della libertà personale dei migranti.

La notizia di reato giungeva al Procuratore della Repubblica di Catania il quale, qualificato il fatto come (presunto) reato ministeriale, ai sensi dell'art. 6 l. cost. 1/89, trasmetteva gli atti al Tribunale dei ministri istituito presso il medesimo capoluogo etneo, formulando contestualmente richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato.

Il collegio, non accogliendo la richiesta della Procura, ed escludendo la natura politica dell'atto ministeriale, ipotizzava a carico del ministro la commissione del reato di cui all'art. 605 c.p. Pertanto, ai sensi dell'art. 8 l. cost. 1/89, la relazione del Tribunale dei ministri veniva trasmessa al Senato della Repubblica, camera di appartenenza del ministro, per la richiesta di autorizzazione a procedere.

Il Senato, nonostante la relazione contraria della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, decideva di concedere l'autorizzazione a procedere. Così, veniva avviato il normale iter processuale con la fissazione dell'udienza preliminare la quale ha avuto inizio lo scorso 3 ottobre.

### **3. L'atto ministeriale censurato.**

Occorre anzitutto individuare in modo esatto l'atto ministeriale censurato dal Tribunale dei ministri e darne una corretta qualificazione giuridica.

Nel 2004 l'IMO (International Maritime Organization), con la risoluzione MSC 167(78), ha regolato la spinosissima questione dello sbarco delle persone salvate nel corso di operazioni di soccorso marittimo. Infatti, la Convenzione internazionale sulla ricerca e salvataggio in mare del 1979 (S.A.R. – Search And Rescue) – recepita in Italia dalla legge 3 aprile 1989, n. 147 – disciplina la competenza sulla conduzione delle operazioni di salvataggio<sup>1</sup>, ma non affronta lo scomodo problema dello sbarco.

La regola generale che è stata affermata è che la responsabilità di fornire un luogo di sicurezza (p.o.s. – place of safety) ove considerare terminate le

---

<sup>1</sup> La Convenzione SAR prevede che le Parti contraenti, ovverosia gli Stati rivieraschi, mediante accordi bilaterali o multilaterali, delimitino le rispettive zone di ricerca e salvataggio (zone s.a.r. – search and rescue); che ogni Stato costiero sia responsabile per il coordinamento dell'attività di salvataggio nella zona s.a.r. di propria competenza; che a tal fine ogni Stato istituisca un centro nazionale di coordinamento.

operazioni di soccorso ricade sullo Stato rivierasco competente per la zona s.a.r. nella quale è stato effettuato il recupero<sup>2</sup>.

Per l'evenienza in cui la responsabilità ricada sull'Italia, il procedimento interno è regolato dalla direttiva SOP 009/15, adottata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Tutte le richieste di assegnazione di un p.o.s. sul territorio italiano devono essere inviate al Ministero dell'Interno – National Coordination Centre (NCC Italia) – per il successivo inoltro al Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione, presso lo stesso Ministero dell'Interno, il quale ha il compito di individuare concretamente il p.o.s. sul territorio nazionale.

Il p.o.s. individuato in via provvisoria dal Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione viene successivamente comunicato al Gabinetto del ministro dell'Interno il quale, sentito il Ministro in carica, rilascia il suo nullaosta.

Fino all'insediamento del ministro inquisito tale nullaosta veniva rilasciato in modo automatico; successivamente tale automaticità è venuta meno.

Nel caso in questione – come nell'identico “caso Diciotti” – il ministro dell'Interno, presumibilmente impartendo un ordine verbale, si è opposto al rilascio automatico del nullaosta da parte del suo Gabinetto. Più precisamente, il ministro ha procrastinato il rilascio del nullaosta al raggiungimento dell'accordo a livello europeo sulla redistribuzione dei migranti presenti a bordo. In effetti, raggiunto l'accordo, il Gabinetto ministeriale ha prontamente rilasciato il nullaosta.

Ebbene, secondo il Tribunale dei ministri tale ordine costituirebbe un atto illecito in quanto causerebbe un'omissione o, più correttamente, un ingiustificato ritardo nel compimento di un atto d'ufficio. Tale ritardo comporterebbe un illegittimo trattenimento dei migranti a bordo della nave per un periodo di tempo apprezzabile con conseguente lesione della libertà personale. Di qui la configurazione del reato di sequestro di persona aggravato dall'essere stato commesso con l'abuso dei poteri inerenti ad una pubblica funzione.

#### **4. Atto politico o atto amministrativo?**

Invertendo l'ordine logico<sup>3</sup>, il Tribunale dei ministri ha esaminato per ultimo il problema della eventuale politicità dell'atto ministeriale in questione, concludendo che «*la scelta del Ministro Salvini di non autorizzare lo sbarco*

---

<sup>2</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 2.5 “The responsibility to provide a place of safety, or to ensure that a place of safety is provided, falls on the Government responsible for the SAR region in which the survivors were recovered”.

<sup>3</sup> Tale inversione pare già sintomatica dell'adesione ad una precisa concezione dell'atto politico come categoria del tutto residuale, la cui esistenza appare più teorica che pratica, secondo le note “teorie negative” di derivazione francese che lo considerano “*introuvable*” al fine di negare l'esistenza concreta di atti sottratti al sindacato giurisdizionale.

*dei migranti fino al 31 luglio non possa essere qualificata come “atto politico” in senso stretto e, in quanto tale, sottratta al sindacato dell’Autorità Giudiziaria».*

Opportunamente, nella sua relazione il Tribunale, ha ricordato le ragioni dell’approdo ad una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell’art. 7 c.p.a. ovvero rendere la categoria dell’atto politico compatibile con il principio costituzionale e convenzionale di effettività della tutela giurisdizionale previsto dagli artt. 24 Cost. e 13 CEDU. Va da sé, infatti, che una espansione della categoria in questione comporta, in modo conseguente, un restringimento dell’area degli atti amministrativi avverso i quali è riconosciuta tutela giurisdizionale<sup>4</sup>.

Questa esigenza ha condotto al superamento della c.d. “teoria del movente”<sup>5</sup> e all’affermazione della teoria oggettiva. Secondo la giurisprudenza ormai costante<sup>6</sup>, è da considerarsi “politico” l’atto compiuto da organi di rilievo costituzionale cui è deputata la formazione dell’indirizzo politico della cosa pubblica (elemento soggettivo) e nell’esercizio di un potere politico che, come tale, è libero nel fine (elemento oggettivo).

A ben vedere, dunque, l’elemento discrezionale tra attività amministrativa ed attività politica è la sussistenza di un vincolo funzionale al raggiungimento di un dato fine. L’atto amministrativo, infatti, è vincolato al raggiungimento della finalità stabilita dalla legge. L’atto politico, invece, è libero nel fine in quanto è esso stesso a dettare il fine che l’atto amministrativo dovrà perseguire.

Si comprende bene, quindi, la sottrazione dell’atto politico al sindacato giurisdizionale.

L’insindacabilità dell’atto politico è dovuta al fatto che – a differenza dell’atto amministrativo – il giudice non avrebbe il parametro legislativo attraverso cui decidere della legittimità dell’atto, essendo il suo sindacato deputato alla verifica della corrispondenza dell’atto ai fini posti dalla legge.

Sotto altro angolo visuale, la distinzione tra atto amministrativo ed atto politico si coglie anche considerando che l’atto amministrativo dispone in

---

<sup>4</sup> Tra i più esaustivi lavori sull’argomento apparsi in ambiente italiano si considerino i classici studi di E. Guicciardi, L’atto politico, in Arch. Dir. Pubbl., 1937; di A.M. Sandulli, Atto politico ed eccesso di potere, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1946; E. Cheli, Atto politico e funzione di indirizzo politico, Milano, 1961. Più di recente si vedano V. Cerulli Irelli, Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione, in Dir. Pubbl., 2009; G. Tropea, Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico, in Giustamm.it, 2012; L. Carlassare, L’atto politico fra «qualificazione» e «scelta»: i parametri costituzionali, in Giur. Cost., 2016.

<sup>5</sup> In estrema sintesi, secondo tale antica teoria è “politico” l’atto determinato da motivazioni “politiche”.

<sup>6</sup> Cons. St. 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. St. 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. St. 6 ottobre 2009, n. 6094; Cons. St. 6 maggio, 2011, n. 2718; Cons. St. 27 luglio 2011, n. 4502; Cons. St. 9 gennaio 2017, n. 16.

modo diretto ed immediato su posizioni individuali, mentre l'atto politico, disponendo a fini generali, non presenta connessioni dirette con le posizioni individuali.

Anche sotto questa prospettiva si comprende bene l'insindacabilità dell'atto politico il quale – a differenza dell'atto amministrativo – è strutturalmente inidoneo a ledere posizioni giuridiche soggettive. In altre parole, il singolo non avrebbe interesse ad agire avverso un atto di indirizzo politico; ciò, d'altronde, rende compatibile l'esclusione dell'atto politico dal sindacato giurisdizionale con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Seguendo tale impostazione, la giurisprudenza ha rintracciato l'atto politico in due macrocategorie: i c.d. "atti costituzionali"<sup>7</sup> e gli atti attinenti ai rapporti internazionali<sup>8</sup>.

Ebbene, nel caso che ci occupa, il Tribunale dei ministri ha nettamente escluso la natura politica della decisione ministeriale di subordinare il rilascio del nullaosta al raggiungimento dell'accordo europeo sulla redistribuzione.

Secondo il collegio, infatti, il parametro normativo esiste e va rinvenuto nella citata direttiva SOP 009/15 la quale configura il rilascio del p.o.s. come «*atto amministrativo endo-procedimentale "dovuto" (privo di discrezionalità nell'an) – che si inserisce nell'ambito di una normativa sovranazionale vincolante per lo Stato italiano*».

«*Del resto*» – argomenta il collegio – «*conferma del fatto che non ci si trovi dinanzi ad un "atto politico" discende dalla circostanza che la decisione del Ministro dell'Interno ha avuto diretta ed immediata refluenza sulla sfera giuridica soggettiva ed individuale dei migranti, lesi nel diritto inviolabile della libertà personale, dovendosi altrimenti ritenere che non possa esservi tutela giurisdizionale a fronte della lesione di un diritto qualificato come inviolabile dalla Carta Costituzionale italiana, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*».

---

<sup>7</sup> Per una completa disamina della categoria dell'atto costituzionale si veda G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2001. Secondo la giurisprudenza sono atti costituzionali: la nomina dei senatori a vita (Cass. civ., Sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075); l'adozione del documento di programmazione economica e finanziaria (Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 febbraio 2010, n. 2255); la richiesta alla CE dell'autorizzazione alla concessione di aiuti di Stato (Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 360); la decisione di non avviare le trattative con una confessione religiosa ai fini della stipulazione dell'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. (Tar Lazio, sez. I, 31 dicembre 2008, n. 12539).

<sup>8</sup> Sulla categoria degli atti attinenti ai rapporti internazionali si veda l'interessante lavoro di A. Rottola, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, 2001. Secondo la giurisprudenza appartengono a tale categoria: la sospensione delle autorizzazioni al trasporto internazionale adottato come ritorsione contro analoga misura assunta da altro Stato (Trib. Roma, 18 maggio 1993); la revoca dell'autorizzazione all'esportazione di navi da guerra (Trib. Roma, 19 ottobre 1991); l'assenso all'ampliamento di una base militare straniera sul suolo italiano (Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992).

Pertanto, il collegio ha ritenuto che l'atto ministeriale in questione fosse un «atto amministrativo adottato sulla scorta di valutazioni politiche» come tale soggetto al sindacato giurisdizionale.

Il “movente politico”, precisa il collegio, può assumere rilievo solamente ai fini della decisione parlamentare in ordine al riconoscimento delle scriminanti speciali di cui all'art. 9 legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1.

Anche se la conclusione alla quale è giunto il collegio può sostanzialmente considerarsi corretta, il percorso argomentativo seguito non convince e si presenta molto superficiale.

La direttiva ministeriale SOP 009/15, infatti, indica la procedura interna nel caso in cui la responsabilità ricada sull'Italia. Ma la fonte che disciplina il sorgere dell'obbligo di fornire il p.o.s. in capo agli Stati costieri è la citata risoluzione dell'IMO.

Tale risoluzione – che ha emendato al Convenzione SAR e che in Italia è entrata in vigore il 1 luglio 2006 – ha evidentemente il rango di norma di diritto internazionale pattizio. Ebbene, occorrerebbe chiedersi se tale norma possa costituire un parametro adeguato alla luce del quale stabilire la natura politica o amministrativa dell'atto ministeriale in questione.

La domanda è seria poiché tale norma non gode di generale riconoscimento ed applicazione. Proprio Malta – che nel caso in questione avrebbe dovuto applicarla, assumendo il coordinamento delle operazioni di soccorso e fornendo un porto di sbarco, essendo il sinistro avvenuto nella zona s.a.r. di propria competenza – è fra gli Stati che la disconosce apertamente.

Un punto imprescindibile – che, però, nella relazione del Tribunale dei ministri non trova spazio – è che, in verità, tanto il “caso Gregoretti”, quanto l'identico “caso Diciotti”, sono delle vere e proprie controversie internazionali tra l'Italia e Malta sull'applicazione di una norma di diritto internazionale pattizio.

Infatti, da almeno due decenni, Malta è al centro di un contenzioso internazionale con gli altri Stati rivieraschi del Mediterraneo centrale, fra i quali l'Italia, riguardo alla definizione della propria zona s.a.r. nonché delle proprie competenze nell'ambito della generale attività s.a.r. nel Mediterraneo.

In estrema sintesi, Malta, pur essendosi unilateralmente dichiarata competente su una vastissima zona s.a.r., nella quasi totalità dei casi si rifiuta di assumere la responsabilità della gestione degli eventi s.a.r. che si verificano nella sua zona di competenza, così determinando uno stato di permanente contrasto con gli altri Paesi rivieraschi del Mediterraneo, in primis l'Italia e la Grecia, che sono sovente costretti ad intervenire in caso di necessità pur non essendo di principio responsabili.

È in tale contesto di relazioni internazionali che si colloca l'atto ministeriale di cui si discute<sup>9</sup>.

Ciò è estremamente rilevante se si considera che una delle macrocategorie nelle quali viene rintracciato l'atto politico è proprio quella degli atti attinenti ai rapporti internazionali, all'interno della quale si collocano gli atti tesi alla soluzione delle controversie internazionali.

Occorre chiedersi, insomma, se l'atto ministeriale in questione non si inserisca in un tentativo di soluzione negoziale di tale controversia internazionale. Occorre chiedersi, cioè, se l'inserimento nel procedimento amministrativo di sbarco della fase di redistribuzione preventiva dei migranti non sia un modo per coinvolgere gli altri Stati europei nella ricerca di una soluzione condivisa per la controversia internazionale dovuta al fatto che la norma di riferimento – la norma che disciplina il sorgere dell'obbligo di fornire il p.o.s. in capo agli Stati costieri – non è generalmente riconosciuta ed applicata, ciò causando una situazione nella quale l'intero peso organizzativo della macchina dei soccorsi viene a gravare su alcuni Stati soltanto, ed in particolare sull'Italia per ciò che riguarda la c.d. "rotta libica".

Invero, questa domanda trova certamente risposta positiva se si considerano gli sviluppi successivi. Com'è noto, il 23 settembre 2019, con la c.d. "Dichiarazione di Malta", Germania, Francia, Italia e Malta hanno formalmente definito un meccanismo temporaneo di redistribuzione su base volontaria dei migranti tratti in salvo in seguito ad operazioni di soccorso marittimo condotte nel Mediterraneo centrale.

Detto questo, occorre chiedersi se tutto ciò sia in qualche modo sufficiente a fare dell'atto ministeriale in questione un atto politico<sup>10</sup>.

A giudizio di chi scrive, ferma restando l'indubbia caratterizzazione politica dell'azione ministeriale, non pare si possa parlare nel caso di specie di atto politico. La presenza di un parametro normativo, seppur controverso e contestato, nonché l'idoneità dell'atto ministeriale di incidere su specifiche posizioni soggettive, portano ad escludere tale natura.

D'altro canto non appare neanche condivisibile la scelta del Tribunale di qualificare l'atto ministeriale come semplice atto amministrativo dal momento che sembra più coerente con l'attuale quadro sistematico, e con le risultanze fattuali della vicenda, ascrivere l'azione ministeriale in questione a quella particolare categoria ibrida degli atti di alta amministrazione.

---

<sup>9</sup> È bene notare che – a differenza che nel diritto interno – nel diritto internazionale pattizio validità ed efficacia tendono inesorabilmente a coincidere sicché, in definitiva, può dirsi valida soltanto la norma che viene generalmente riconosciuta ed applicata.

<sup>10</sup> Non è trascurabile che nel "caso Diciotti", dove il contrasto con le autorità maltesi fu particolarmente aspro, la Procura di Catania, nel parere fornito al Tribunale dei ministri, ha ritenuto di dover qualificare l'atto ministeriale in questione come atto politico, con conseguente esclusione del sindacato giurisdizionale.

## 5. Atto di alta amministrazione?

Con l'espressione "atto di alta amministrazione" si designa una categoria ibrida che si colloca in una posizione intermedia tra l'atto politico, quale atto di indirizzo che detta i fini da perseguire, e l'atto amministrativo, quale provvedimento che concretamente realizza tali fini.

L'atto di alta amministrazione rappresenta il primo momento attuativo dell'indirizzo politico definito dal governo, l'atto col quale vengono delineate le scelte di fondo dell'amministrazione, e, di conseguenza, l'atto amministrativo caratterizzato dalla massima discrezionalità<sup>11</sup>. Date tali caratteristiche, l'atto di alta amministrazione è tipicamente compiuto dai vertici delle burocrazie ministeriali<sup>12</sup>.

La riconducibilità a tale categoria intermedia dell'atto ministeriale andava certamente verificata con attenzione. Invece, il Tribunale dei ministri ha liquidato tale verifica con pochissime battute, escludendo tale qualificazione senza alcuna valida argomentazione.

Tale superficialità è certamente censurabile se si considera che il sindacato giurisdizionale rispetto a tale categoria *sui generis* di atto amministrativo non è pieno, ma incontra specifiche limitazioni, proprio in ragione della massima discrezionalità che caratterizza questa tipologia di atto.

In tale direzione, il Consiglio di Stato ha precisato che «*gli atti di alta amministrazione sono una species del più ampio genus degli atti amministrativi e soggiacciono pertanto al relativo regime giuridico, ivi compreso il sindacato giurisdizionale, sia pure con talune peculiarità connesse alla natura spiccatamente discrezionale degli stessi. Infatti, il controllo del giudice non è della stessa ampiezza di quello esercitato in relazione ad un qualsiasi atto amministrativo, ma si appalesa meno intenso e circoscritto alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali*»<sup>13</sup>.

Dunque, la sussistenza di atti di indirizzo politico rispetto ai quali l'azione ministeriale in questione potesse considerarsi come il primo momento

---

<sup>11</sup> Tra le trattazioni specificamente dedicate all'argomento si segnalano: G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; C. Tubertini, *Atti politici e di alta amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I.; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2009; M.P. Genesin, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009.

<sup>12</sup> La giurisprudenza ha qualificato come atti di alta amministrazione il decreto del ministro della Giustizia di concessione dell'estradizione (Cons. St., sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286); il decreto del ministro dell'Interno di espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 286/1998 (Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88); la determinazione del ministro delle comunicazioni di diniego dell'autorizzazione alla cessione, da parte della Rai, di azioni di una società controllata (Raiway) (Tar Lazio, sez. II, 12 marzo 2002, n. 1897).

<sup>13</sup> Cons. St. 27 luglio 2011, n. 4502.

esecutivo delle specifiche finalità in essi dettate andava certamente verificata con cura<sup>14</sup>.

In effetti, la presenza di atti di indirizzo politico che abbiano univocamente determinato l'azione ministeriale in questione pare fuori discussione.

Consultando il programma di governo stilato nel maggio 2018 dalle forze politiche che sostenevano il governo Conte I, al punto n. 13, si legge testualmente: “La questione migratoria attuale risulta insostenibile per l'Italia [...] Il fallimento dell'attuale sistema di gestione dei flussi migratori rischia di mettere in discussione lo stesso sistema di Schengen. L'Italia deve ricoprire un ruolo determinante ai tavoli dei negoziati europei in merito alle politiche di asilo e di immigrazione. Si deve puntare alla riduzione della pressione dei flussi sulle frontiere esterne e del conseguente traffico di esseri umani [...] È necessario il superamento del Regolamento di Dublino.

Il rispetto del principio di equa ripartizione delle responsabilità sancito dal Trattato sul funzionamento dell'UE deve essere garantito attraverso il ricollocamento obbligatorio e automatico dei richiedenti asilo tra gli Stati membri dell'UE”.

In sostanza, il governo italiano – facendo leva sul principio di solidarietà ed equa ripartizione delle

responsabilità tra gli Stati membri, sancito dall'art. 80 T.F.U.E. in materia di politiche di controllo delle frontiere, di asilo ed immigrazione – auspicava la creazione di un meccanismo obbligatorio ed automatico di redistribuzione fra tutti gli Stati membri dei migranti sbarcati sul territorio europeo<sup>15</sup>.

In effetti, il governo italiano riusciva a dare seguito a tale indirizzo in quanto alla riunione del Consiglio Europeo del 28 giugno 2018 otteneva la seguente dichiarazione congiunta: “Occorre un nuovo approccio allo sbarco di chi viene salvato in operazioni di ricerca e soccorso, basato su azioni condivise o complementari tra gli Stati membri [...] Nel territorio dell'UE coloro che vengono salvati, a norma del diritto internazionale, dovrebbero essere presi in carico sulla base di uno sforzo condiviso e trasferiti in centri sorvegliati istituiti negli Stati membri, unicamente su base volontaria; qui un trattamento

---

<sup>14</sup> In tale direzione pare degno di nota il fatto che all'udienza preliminare il G.u.p. ha ritenuto di non poter decidere allo stato degli atti e, conseguentemente, ha disposto un'integrazione probatoria ai sensi dell'art. 422 c.p.p., ordinando l'assunzione della testimonianza del Presidente e del vice presidente del Consiglio in carica all'epoca dei fatti, e degli allora ministri dei Trasporti e della Difesa, del rappresentante permanente dell'Italia presso l'U.E., nonché dell'attuale ministro dell'Interno, «*al fine di effettuare una adeguata verifica della politica adottata a livello governativo in materia di migrazione all'epoca dei fatti e in relazione ai rapporti con l'Unione Europea, anche con riferimento al cosiddetto Patto del Governo*».

<sup>15</sup> È appena il caso di ricordare che ai sensi dell'art. 67, co. 2, T.F.U.E. l'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri e che ai sensi dell'art. 77, co. 1, lett. c, T.F.U.E. l'Unione sviluppa una politica volta a instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne.

rapido e sicuro consentirebbe, con il pieno sostegno dell'UE, di distinguere i migranti irregolari, che saranno rimpatriati, dalle persone bisognose di protezione internazionale, cui si applicherebbe il principio di solidarietà”.

Come già anticipato, questi atti di indirizzo hanno condotto, nel settembre 2019, alla stipula di un accordo a livello europeo, denominato “Dichiarazione di Malta”, con cui alcuni Stati membri hanno formalmente definito un meccanismo temporaneo di redistribuzione su base volontaria dei migranti tratti in salvo in seguito ad operazioni di soccorso marittimo condotte nel Mediterraneo centrale.

In conclusione, è indubbio che, all’epoca dei fatti, nel luglio 2019, la redistribuzione preventiva dei migranti da far sbarcare sul territorio europeo fosse nell’agenda politica non solo del governo italiano, ma anche dell’Unione Europea.

Pertanto, la qualificazione dell’ordine ministeriale di differire lo sbarco dei migranti al raggiungimento dell’accordo europeo sulla redistribuzione come atto di alta amministrazione appare la più corretta. Con tale ordine, infatti, il ministro dell’Interno ha indirizzato tutta la catena dei successivi atti amministrativi in senso conforme a quanto deciso in sede di definizione dell’indirizzo politico nazionale ed eurounitario.

Presupponendo tale qualificazione giuridica, il sindacato giurisdizionale sull’atto ministeriale in esame è limitato, come affermato dal Consiglio di Stato, alla censura delle «*manifeste illogicità formali e procedurali*».

Ciò significa che, nel caso di specie, una criminalizzazione dell’attività amministrativa di gestione dello sbarco può essere sostenibile solo laddove essa sia affetta da palesi irregolarità formali e procedurali. Nello specifico, un’accusa di sequestro di persona aggravato è sostenibile in giudizio solo laddove vi sia stato un trattenimento a bordo dei migranti assolutamente ingiustificabile rispetto alle finalità dettate dalla normativa di riferimento.

#### **6. L’insussistenza del reato di sequestro di persona aggravato.**

Secondo la ricostruzione del Tribunale dei ministri, l’ordine impartito dal ministro dell’Interno di differire il rilascio del nullaosta allo sbarco al raggiungimento dell’accordo europeo sulla redistribuzione avrebbe determinato un illecito trattenimento dei migranti a bordo della nave, con ciò integrandosi il reato di sequestro di persona aggravato dalla circostanza di aver abusato dei poteri inerenti alla pubblica funzione svolta.

Come si legge nella relazione presentata dal Tribunale dei ministri di Catania, ad avviso del collegio è «*ipotizzabile che il Sen. Matteo Salvini, nella sua veste di ministro e pubblico ufficiale, abbia abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell’ambito dell’iter procedurale per la determinazione del place of safety, ponendo arbitrariamente il proprio veto all’indicazione del POS da parte del competente Dipartimento per le Libertà Civili e per l’Immigrazione, quale atto amministrativo propedeutico e necessario per autorizzare lo*

*sbarco, così determinando la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell'unità navale "B. Gregoretti", con conseguente illegittima privazione della loro libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile ed al di fuori dei casi consentiti dalla legge».*

Come si argomenterà diffusamente nel presente paragrafo, tale ipotesi accusatoria risulta del tutto infondata per mancanza sia dell'elemento oggettivo sia di quello soggettivo del reato ipotizzato.

## 6.1. L'elemento oggettivo.

### 6.1.1. L'incertezza sull'obbligo giuridico di fornire il p.o.s.

È bene notare in via preliminare che la sussistenza dell'obbligo di fornire il p.o.s. in capo all'Italia si presenta come una sorta di preconditione legale rispetto alla astratta configurabilità degli elementi tipici della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 605 c.p.

In ordine a tale preconditione, la conclusione del collegio è stata la seguente: *«il fatto che IMRCC abbia assunto il coordinamento dell'evento SAR e che il soccorso sia stato materialmente eseguito da una nave della marina militare italiana, che ha poi condotto i migranti soccorsi nelle acque territoriali italiane, costituiscono elementi specifici e peculiari che pongono in evidenza l'obbligo giuridico dello Stato italiano a rilasciare, in quella circostanza, il POS».*

In punto di diritto, la valutazione del Tribunale è senza dubbio corretta: l'obbligo per lo Stato di fornire il p.o.s. discende dall'assunzione del coordinamento delle operazioni di salvataggio.

Si è già precisato che secondo le linee guida IMO la responsabilità di fornire un luogo di sicurezza inteso come un luogo ove le operazioni di soccorso si possono considerare concluse ricade sullo Stato responsabile per la zona s.a.r. nella quale è stato effettuato il recupero. Ciò sul presupposto che lo Stato in questione abbia assunto il coordinamento delle operazioni di salvataggio.

Se lo Stato competente per la zona s.a.r. dove si è verificato il sinistro si rifiuta per qualunque ragione di assumere il coordinamento allora il criterio è quello del "contatto": lo Stato per primo contattato dall'imbarcazione in difficoltà dovrebbe assumere la responsabilità delle operazioni fino a che lo Stato competente non assuma il coordinamento (rimanendo comunque in capo a questo l'obbligo di fornire il p.o.s.)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 6.7 "When appropriate, the first RCC contacted should immediately begin efforts to transfer the case to the RCC responsible for the region in which the assistance is being rendered. When the RCC responsible for the SAR region in which assistance is needed is informed about the situation, that RCC should immediately accept responsibility for co-ordinating the rescue efforts, since related responsibilities, including arrangements for a place of safety for survivors, fall primarily on the Government responsible

In caso di definitività del rifiuto da parte dello Stato competente, il c.d. “Stato di primo contatto” dovrebbe assumere il coordinamento delle operazioni di salvataggio e fornire il p.o.s.

Dunque, in definitiva, il criterio per il radicamento dell'obbligo di fornire il p.o.s. è quello dell'assunzione del coordinamento delle operazioni di salvataggio.

Ebbene, secondo il Tribunale dei ministri, *«è assolutamente pacifico che il coordinamento e la responsabilità primaria dell'intera operazione, seppure avviata in acque SAR maltesi, siano stati assunti dallo Stato italiano su esplicita richiesta di quello maltese, contemporaneamente impegnato in altri interventi di salvataggio»* e che *«dunque, MRCC Roma è intervenuta [...] con tempi e modalità che hanno fatto insorgere sullo Stato italiano, quale coordinatore dell'evento SAR, l'obbligo di concludere la procedura con il trasferimento dei migranti in un luogo sicuro»*.

Sarebbe interessante capire da quali fonti il Tribunale dei ministri tragga tale convincimento poiché la relazione presentata dal collegio non contiene alcun elemento di prova in tal senso. In particolare, non è dato sapere da dove risulterebbe che Malta abbia chiesto all'Italia di assumere il coordinamento e che l'Italia lo abbia realmente assunto.

D'altronde, contrariamente all'enfasi messa dal Tribunale su tale aspetto, il fatto che il recupero sia stato materialmente eseguito da assetti navali italiani non è affatto decisivo in quanto, secondo la Convenzione SAR, ogni Stato dovrebbe essere pronto a mettere a disposizione degli altri Stati impegnati in operazioni di salvataggio i propri mezzi aeronavali ove ciò venga espressamente richiesto<sup>17</sup>. Ciò, come chiarito dalle linee guida IMO, non determina alcun trasferimento di responsabilità delle operazioni di salvataggio: il coordinamento e l'obbligo di fornire il p.o.s. continuano a gravare sullo Stato competente per regione s.a.r.

“Pacifica” è soltanto la circostanza che il recupero dei migranti è avvenuto in acque s.a.r. maltesi e che, di conseguenza, in linea di principio, secondo quanto previsto dalle citate linee guida, l'obbligo di fornire il p.o.s. gravava su Malta.

Infatti, il ministro, nella sua memoria difensiva presentata al Senato in vista del voto per l'autorizzazione a procedere, ha sostenuto la tesi che il coordinamento delle operazioni fosse stato assunto da Malta e che, di conseguenza, gravasse su questa l'obbligo di fornire un p.o.s.

In punto di fatto, quindi, la valutazione del Tribunale appare infondata.

---

for that region. The first RCC, however, is responsible for co-ordinating the case until the responsible RCC or other competent authority assumes responsibility”.

<sup>17</sup> Convenzione SAR; capitolo 3.1.7 “Ciascuna Parte dovrebbe autorizzare i propri centri di coordinamento di salvataggio a fornire, su richiesta, l'assistenza ad altri centri di coordinamento di salvataggio ed in particolare a mettere a loro disposizione navi, aeromobili, personale o materiale”.

In verità, occorre qui ribadire che la circostanza che il Tribunale assume essere “pacifica” è proprio quella al centro della controversia internazionale di cui si è detto in precedenza: ogni qual volta si presenta la necessità di effettuare una operazione di soccorso nella zona s.a.r. maltese, l’assunzione del coordinamento ed il conseguente obbligo di fornire un p.o.s. diventano subito oggetto di un contenzioso tra Malta, responsabile come stato territorialmente competente, e gli altri Stati rivieraschi, *in primis* l’Italia, eventualmente responsabili come “Stati di primo contatto”<sup>18</sup>.

Quello cui si è assistito finora, nella quasi totalità dei casi, è uno scarico di responsabilità sulle autorità italiane da parte di quelle maltesi, che non accettano di assumere il coordinamento delle operazioni di salvataggio nella propria zona s.a.r. e costringono l’Italia ad intervenire, senza che però risulti chiaro, di volta in volta, su chi ricada la responsabilità delle operazioni.

Emblematico in tal senso è il rimpallo di responsabilità avvenuto in occasione del “caso Diciotti” tra il centro di coordinamento italiano e quello maltese dove, come risulta da uno stralcio delle comunicazioni avvenute tra i due centri, RCC Roma, ad un certo punto, ha affermato testualmente: «*qui è guerra con Malta*».

L’esistenza di questa “guerra”, del resto, è stata fortemente stigmatizzata dal Tribunale dei ministri di Palermo che, nel trasferire a Catania la competenza a decidere sul “caso Diciotti” ha affermato: «*Dalle prove acquisite risulta chiaro che il comportamento illecito e gravemente irresponsabile dell’autorità maltese non è dipeso da motivi tecnici o da impossibilità oggettive di operare, ma dall’intenzionale proposito di spingere forzatamente il barcone nelle acque italiane per scaricare sullo Stato italiano la responsabilità primaria dell’evento*».

L’odierno “caso Gregoretti” si iscrive a pieno titolo in questo clima di permanente incertezza.

In definitiva, la sussistenza nel caso concreto di quella che si è definita la preconditione legale del reato ipotizzato è incerta. Dunque, questo sarebbe un primo elemento sul quale bisognerebbe far chiarezza qualora si intendesse dare avvio ad un procedimento penale ordinario.

### **6.1.2. L’assenza della lesione della libertà personale dei migranti.**

Anche volendo ipotizzare il radicamento in capo all’Italia della responsabilità del coordinamento delle operazioni di salvataggio, e del conseguente obbligo di indicazione del p.o.s., per sostenere un’accusa di sequestro di persona, occorre evidentemente un’autonoma valutazione circa la

---

<sup>18</sup> Illuminanti a tal proposito le considerazioni svolte in F. Caffio, La Valletta contro Roma sui migranti. Il punto sulle dispute marittime italo-maltesi, in *Analisi Difesa rivista web*, giugno 2018 ed in F. Caffio, Nuove tensioni italo-maltesi a margine del caso Sea Watch, in *Analisi Difesa rivista web*, gennaio 2019.

sussistenza nel caso concreto di una effettiva lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie astratta prevista dall'art. 605 c.p.

Sotto questo aspetto, la relazione presentata dal Tribunale dei ministri si presenta gravemente carente e superficiale. Si può ben dire che risulta mancante un'autonoma valutazione sull'offensività in concreto della condotta ministeriale rispetto al bene giuridico tutelato dall'art. 605 c.p.

Ed invero, l'insussistenza dell'evento dannoso previsto dalla norma incriminatrice risalta sotto due distinti profili.

#### **6.1.2.1. Primo profilo.**

Il primo profilo da cui si desume l'insussistenza dell'evento dannoso è quello temporale.

La giurisprudenza è costante nel ritenere che la privazione della libertà personale deve protrarsi per un periodo di tempo apprezzabile<sup>19</sup>, seppure, per orientamento unanime, anche un breve periodo di privazione della libertà viene comunque considerato idoneo ad integrare l'evento dannoso.

Inutile precisare, però, che la misura di tale periodo di tempo varia da caso a caso.

Nel caso che ci occupa, a giudizio del Tribunale dei ministri, il periodo di tempo per il quale i migranti sono stati trattenuti a bordo della nave è idoneo ad integrare una lesione della libertà personale degli stessi.

Tale valutazione, a ben vedere, discende da una interpretazione delle linee guida IMO secondo cui lo sbarco andrebbe disposto immediatamente e senza dilazione alcuna. Nella relazione, infatti, si legge di «*obbligo normativo a provvedere tempestivamente*» e di «*pronta risposta*».

È chiaro, quindi, che, nell'interpretazione del Tribunale, nessuna fase endo-procedimentale di redistribuzione preventiva potrebbe ritardare la procedura di sbarco. In particolare, secondo la visione del collegio, nell'esecuzione della procedura di sbarco non residuerebbe alcuno spazio discrezionale per l'amministrazione per far valere interessi ulteriori come quello relativo alla tutela dell'ordine e sicurezza pubblica.

In verità, questa interpretazione del Tribunale non solo contrasta con lo spirito che informa le citate linee guida dell'IMO, ma, addirittura, contraddice la stessa lettera delle regole in esse fissate.

Le linee guida in questione, infatti, ben lungi dal contemplare un'attività vincolata – come vorrebbe lasciar intendere il Tribunale – mostrano un approccio integrato che tiene conto di tutte le problematiche che l'attività s.a.r. inevitabilmente comporta.

Nell'*incipit* del terzo paragrafo dedicato alle "Priorities" si legge testualmente: "When ships assist persons in distress at sea, co-ordination will be needed

---

<sup>19</sup> Ex multis: Cass. 30-12-2002, n. 43713; Cass. 22-2-2005, n. 6488; Cass. 4-5-2009, n. 18186; Cass. 20-7-2010, n. 28509.

among all concerned to ensure that all of the following priorities are met in a manner that takes due account of border control, sovereignty and security concerns consistent with international law”.

Non c'è dubbio, quindi, che – esattamente all'opposto di quanto sostenuto dal Tribunale – le linee guida in questione contemplano espressamente le problematiche attinenti al controllo delle frontiere ed al contrasto dell'immigrazione irregolare, annoverando tra le priorità da considerare la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Entrando nel dettaglio, le linee guida prevedono espressamente la possibilità che i governi cooperino tra di loro ai fini dell'individuazione del p.o.s<sup>20</sup>. Ovviamente, viene specificato che i governi dovrebbero impegnarsi per raggiungere l'accordo relativo allo sbarco nel più breve tempo possibile<sup>21</sup>, cercando di minimizzare i ritardi dovuti proprio all'esigenza di controllare le frontiere e l'immigrazione<sup>22</sup>.

Alla luce di ciò, è indubbio, quindi, che una fase endo-procedimentale finalizzata ad una redistribuzione dei migranti è perfettamente legittima. Inevitabilmente, essa comporterà dei ritardi nello sbarco, i quali dovranno essere minimizzati.

D'altra parte, è precisato che il governo responsabile gode di una certa flessibilità nella gestione della procedura, potendo impiegare un approccio casistico per la risoluzione delle varie problematiche che emergono in relazione allo specifico caso<sup>23</sup>.

In definitiva – contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale dei ministri – non esiste alcun «*obbligo normativo a provvedere tempestivamente*»; piuttosto, come indicato testualmente dalle linee guida, “in every case a place of safety is provided within a reasonable time”<sup>24</sup>.

Ed è chiaro, a questo punto, che il “reasonable time” è quello necessario a contemperare tutti gli interessi in gioco, fra cui quello prioritario al controllo dei flussi migratori in vista della tutela dell'ordine e sicurezza pubblica.

---

<sup>20</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 6.16 “Governments should co-operate with each other with regard to providing suitable places of safety for survivors after considering relevant factors and risks”.

<sup>21</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 6.9 “Responsible State authorities should make every effort to expedite arrangements to disembark survivors from the ship”.

<sup>22</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 6.5 “These plans and arrangements should cover how the RCC could co-ordinate [...] its efforts with other entities (such as customs and immigration authorities, or the ship owner or flag State), should non-SAR issues arise while survivors are still aboard the assisting ship with regard to nationalities, status or circumstances of the survivors; and quickly address initial border control or immigration issues to minimize delays that might negatively impact the assisting ship, including temporary provisions for hosting survivors while such issues are being resolved”.

<sup>23</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 2.6 “These amendments give the responsible Government the flexibility to address each situation on a case-by-case basis”.

<sup>24</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 2.5.

Ebbene, nel caso concreto, il trattenimento dei migranti a bordo della nave si è protratto per quattro giorni – durante i quali i migranti sono stati costantemente assistiti – ed è immediatamente cessato non appena è stato raggiunto l'accordo con altri paesi europei sulla redistribuzione.

Si può concludere, pertanto, che nel caso concreto non vi è stata alcuna dilazione ingiustificata nella procedura di sbarco e, conseguentemente, nessuna lesione della libertà personale dei migranti.

Non è superfluo aggiungere una ulteriore considerazione.

Le linee guida IMO indicano i requisiti necessari affinché un luogo possa essere qualificato come place of safety:

- la vita dei sopravvissuti al sinistro marittimo non deve essere più minacciata;
- i bisogni umani di base (alimentazione, riparo, cure mediche) devono essere soddisfatti;
- il trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione finale deve essere possibile<sup>25</sup>.

Ciò premesso, viene espressamente precisato che anche l'unità navale di soccorso può fungere da luogo di sicurezza temporaneo fino al momento dello sbarco<sup>26</sup>.

Dunque, nel caso che ci occupa, è fuori discussione che non vi fu alcuna negazione del p.o.s. da parte dell'Italia, qualora si volesse ritenere il nostro paese obbligato in tal senso.

È chiaro, infatti, che la nave Gregoretti, ormeggiata nel porto di Catania e costantemente monitorata, poteva ben considerarsi essa stessa un place of safety temporaneo dal momento che, durante i quattro giorni della permanenza a bordo, ai migranti, ormai al sicuro, sono stati garantiti generi alimentari e cure mediche.

#### **6.1.2.2. Secondo profilo.**

L'insussistenza dell'evento dannoso emerge anche dal profilo teleologico, per così dire.

Secondo la giurisprudenza costante, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 605 c.p. è la libertà personale nella sua specificazione di libertà di locomozione e di movimento. In sostanza, l'evento dannoso si configura se il soggetto passivo è stato privato della libertà di scelta del luogo dove andare o dove restare<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 6.12 "A place of safety [...] is a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination".

<sup>26</sup> Linee guida IMO 2004; paragrafo 6.14 "A place of safety [...] may be aboard a rescue unit [...] that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked".

<sup>27</sup> Ex multis: Cass. 4-2-2000, n. 5443; Cass. 30-12-2002, n. 43713; Cass. 22-2-2005, n. 6488; Cass. 20-7-2010, n. 28509; Cass. 15-11-2013, n. 45931; Cass. 15-4-2015, n. 15433.

Ora, data l'indiscutibile peculiarità del caso concreto, sarebbe fuorviante parlare genericamente di libertà di locomozione e di movimento. Tale libertà, in una situazione come quella in esame, deve essere declinata come libertà di ingresso e circolazione nel territorio italiano. È fuori di dubbio, infatti, che l'azione voluta dai migranti, e temporaneamente inibita dall'ordine ministeriale, fosse proprio quella di introdursi nel territorio dello Stato italiano.

Dunque, in definitiva, ai fini della configurabilità dell'evento dannoso di cui all'art. 605 c.p. occorre chiedersi se i migranti a bordo della Gregoretti fossero titolari del diritto di fare ingresso e circolare nel territorio dello Stato. Non si vede, infatti, come possa configurarsi la lesione di un diritto in capo a chi non ha la titolarità del diritto stesso.

Ebbene, è proprio lo status di migrante irregolare ad escludere la sussistenza di tale diritto.

È sufficiente passare in rassegna la normativa nazionale ed internazionale di riferimento per rendersi conto dell'inesistenza di tale diritto.

Rispetto al diritto di ingresso nel territorio dello Stato:

L'art. 4, co. 1°, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione) prevede che l'ingresso nel territorio dello Stato è subordinato al possesso di un valido passaporto e del visto d'ingresso, e può avvenire soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti<sup>28</sup>.

L'art. 5, co. 1°, CEDU prevede una elencazione tassativa di casi nei quali un soggetto può essere legittimamente privato della libertà personale e tra questi figura la situazione in cui, tramite un arresto o detenzione regolari, si impedisce l'ingresso illegale nel territorio dello Stato<sup>29</sup>.

Coerentemente, l'art. 10bis, co. 1°, del T.U. sull'immigrazione incrimina con una fattispecie contravvenzionale la condotta di ingresso irregolare nel territorio dello Stato<sup>30</sup>.

Rispetto al diritto di circolazione nel territorio dello Stato:

---

<sup>28</sup> Art. 4, co. 1°, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – Ingresso nel territorio dello Stato – “L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti”.

<sup>29</sup> Art. 5, co. 1° lett. f, CEDU – Diritto alla libertà ed alla sicurezza – “Nessuno può essere privato della sua libertà, eccetto che nei casi seguenti e per via legale: [...] f) se si tratta dell'arresto o della detenzione legittima di una persona per impedirle di entrare nel territorio clandestinamente”.

<sup>30</sup> Art. 10 bis, co. 1°, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato – “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale”.

L'art. 16, co. 1°, Cost. riserva al cittadino – ed eventualmente al migrante regolarmente presente sul territorio – il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dello Stato<sup>31</sup>.

L'art. 2, co. 1°, protocollo n. 4 alla CEDU stabilisce che il diritto di circolare liberamente sul territorio di uno Stato è riservato a chi si trova regolarmente sul territorio stesso<sup>32</sup>.

D'altronde, il citato T.U. sull'immigrazione prevede che i migranti che abbiano comunque fatto ingresso nel territorio italiano in condizione di irregolarità sono sottoposti ad un particolare regime di controlli certamente incompatibile con il diritto alla libera circolazione.

Pertanto, si può escludere che l'azione ministeriale abbia causato l'evento dannoso di cui all'art. 605 c.p. per la semplice considerazione che i migranti a bordo della Gregoretti non erano titolari del diritto che sarebbe stato leso secondo l'ipotesi accusatoria.

Questo argomento relativo all'insussistenza del "diritto" è stato speso sia nella relazione presentata al Senato dal Presidente della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari in occasione del voto sulla autorizzazione a procedere per il "caso Diciotti"<sup>33</sup>, sia nella richiesta di archiviazione presentata dalla Procura di Catania nel caso in questione<sup>34</sup>.

L'opposta conclusione alla quale è giunto il Tribunale dei ministri è probabilmente dovuta al convincimento che la fonte del diritto di ingresso nel territorio dello Stato vada indirettamente rinvenuta nella legislazione sul soccorso marittimo. Più precisamente, che dall'obbligo gravante sullo Stato di fornire il p.o.s. derivi la costituzione in capo ai migranti irregolari tratti in

---

<sup>31</sup>Art. 16, co. 1°, Cost. – "Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche".

<sup>32</sup> Art. 2, co. 1°, protocollo n. 4 alla CEDU – Libertà di circolazione – "Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente".

<sup>33</sup> "Il diritto compreso nel caso di specie non sembra essere quello della libertà personale tout court, ma quello della libera circolazione (ove in astratto sussistente). In ogni caso il diritto degli stranieri ad accedere e circolare sul suolo italiano non è un diritto assoluto ed inviolabile, potendo prevedere una compressione a fronte del diritto-dovere dello Stato di identificare gli stranieri e disciplinarne e limitarne gli accessi. Lo stesso articolo 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo prevede la possibilità della compressione del diritto fondamentale della libertà personale per impedire gli accessi illegali nel territorio di uno Stato straniero".

<sup>34</sup> "I migranti giunti irregolarmente in Italia anche dopo l'assegnazione del POS non hanno piena libertà di locomozione e movimento sul territorio nazionale dovendo procedersi dapprima all'identificazione e poi a tutte le successive procedure amministrative previste dalla legge in relazione al loro status. In tale contesto, come si è detto, la fase dell'assegnazione del POS è solo una delle fasi amministrative previste dalla legge per l'ingresso dei migranti irregolari in Italia che siano stati salvati in mare e, come noto, anche nelle fasi successive la libertà di locomozione subisce delle limitazioni legali in relazione a necessità di ordine pubblico ed a tutela dell'interesse dello stato a controllare e regolamentare i flussi migratori".

salvo del “diritto soggettivo di ingresso” o “diritto di sbarco” nel territorio dello Stato che ha materialmente proceduto al salvataggio<sup>35</sup>.

Si tratta di una tesi del tutto infondata: nessun “diritto soggettivo di ingresso” o “diritto di sbarco”, può essere ricavato in via interpretativa dal complesso della disciplina internazionale<sup>36</sup>.

Infatti, secondo quanto previsto dalla Convenzione sul diritto del mare (UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea), lo Stato costiero conserva il potere di inibire l’accesso al proprio mare territoriale a tutte le navi impegnate in operazioni che potrebbero causare la violazione della normativa in materia di immigrazione<sup>37</sup>.

Le linee guida IMO, dopo aver richiamato espressamente tale norma convenzionale, hanno fornito importantissimi chiarimenti sul tale punto.

Esiste, per consuetudine internazionale, il diritto di ingresso in porto per una nave in difficoltà quando sussiste una chiara minaccia per la sicurezza delle persone a bordo. Tuttavia, le linee guida precisano che tale diritto non è assoluto poiché esso “involves a balancing of the nature and immediacy of the threat to the ship’s safety against the risks to the port that such entry may pose”<sup>38</sup>.

In pratica, il principio che viene enunciato è che, anche in una situazione di emergenza, occorre comunque operare una valutazione che assicuri il bilanciamento di tutti gli interessi in gioco. In particolare occorre ponderare, da un lato, l’entità della minaccia alla sopravvivenza delle persone a bordo e, più in generale, l’entità di tutte le possibili violazioni dei diritti che deriverebbero dalla negazione dello sbarco, e, dall’altro lato, tutti i rischi che lo sbarco inevitabilmente comporta per lo Stato. Tra questi rischi le linee

---

<sup>35</sup> Nell’impianto motivazione della relazione presentata dal Tribunale, un riflesso di tale “diritto” viene pure intravisto nella disposizione di cui all’art. 10ter D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, secondo cui “lo straniero [...] giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi”. È chiaro, però, che l’espressione “è condotto”, lungi dal costituire un diritto soggettivo di ingresso, è una prescrizione rivolta alle autorità nazionali.

<sup>36</sup> Per una completa disamina della problematica relativa al diritto di sbarco sia consentito rinviare a E. Mezzasalma, *Una nuova concezione dell’obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4.

<sup>37</sup> La previsione di tale potere si ricava dal combinato disposto di due norme.

Art. 25, co. 1°, UNCLOS – Diritto di protezione dello Stato costiero – “Lo Stato costiero può adottare le misure necessarie per impedire nel suo mare territoriale ogni passaggio che non sia inoffensivo”.

Art. 19, co. 2°, lett. g, UNCLOS – Significato dell’espressione passaggio inoffensivo – “Il passaggio di una nave straniera è considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, la nave è impegnata in una qualsiasi delle seguenti attività: [...] g) il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi e dei regolamenti [...] di immigrazione vigenti nello Stato costiero”.

<sup>38</sup> Linee guida IMO 2004; Appendice, paragrafo 6.

guida menzionano espressamente, oltre a quelli ambientali e sanitari, anche quelli legati alla sicurezza dello Stato e, ovviamente, il riferimento è alla violazione della legislazione nazionale in materia di immigrazione.

Pertanto, le linee guida concludono che, se tali rischi vengono giudicati preponderanti, allora “a coastal State might refuse access to its ports”<sup>39</sup>. La condizione espressamente posta, però, è che ogni valutazione di questo tipo deve essere operata “after the safety of persons onboard is assured”<sup>40</sup>.

Questi chiarimenti risultano a dir poco illuminanti.

L'unica attività indifferibile ed incondizionata, ed oggetto di un vero e proprio “obbligo giuridico”, è quella di recupero delle persone a bordo delle imbarcazioni in difficoltà in quanto, con tutta evidenza, è in gioco la salvaguardia del diritto alla vita e tale diritto, per sua stessa natura, non può tollerare dilazioni o condizioni.

Una volta effettuato il recupero, e condotti i sopravvissuti a bordo dell'unità di soccorso, una volta salvaguardato il diritto alla vita, cioè, la successiva attività di sbarco non si presenta come necessitata. Piuttosto, essa soggiace ad una delicata operazione di contemperamento delle opposte esigenze dove è necessario bilanciare tutti gli interessi in gioco.

Esclusa, quindi, l'esistenza di un “diritto di sbarco”, è legittimo che diritti diversi da quello alla vita, come quello alla libertà personale, possano subire delle compressioni in vista della tutela di superiori interessi collettivi quali, come nel caso concreto, l'ordine e la sicurezza pubblica.

## 6.2. L'elemento soggettivo.

### 6.2.1. L'intenzione del ministro.

Per insegnamento costante della giurisprudenza, il reato di sequestro di persona richiede il dolo generico consistente nella consapevolezza di infliggere alla vittima la illegittima restrizione della sua libertà fisica intesa come libertà di locomozione e movimento<sup>41</sup>.

Infatti, come anche ricordato dal Tribunale, «*la qualifica come illegittima della privazione dell'altrui libertà era un attributo previsto espressamente dal codice del 1889, che peraltro costituisce il presupposto logico del reato, tanto che il legislatore del 1930 ha ritenuto superfluo menzionarlo nell'art. 605 c.p.*».

Nel caso concreto, secondo la ricostruzione del Tribunale dei ministri, vi era piena consapevolezza in capo al ministro dell'Interno dell'illegittimità della restrizione della libertà personale dei migranti in quanto l'ordine di bloccare

<sup>39</sup> Linee guida IMO 2004; Appendice, paragrafo 6.

<sup>40</sup> Linee guida IMO 2004; Appendice, paragrafo 6.

<sup>41</sup> *Ex multis*. Cass. 01-02-1990, n. 1454; Cass. 16-01-2003, n. 1808; Cass. 07-5-2013, n. 19548.

la procedura di sbarco era stato impartito *contra legem* ovvero in violazione della normativa nazionale ed internazionale sul soccorso marittimo.

In particolare, il collegio ha richiamato, tra le altre norme, la già citata direttiva SOP 009/15 interpretandola nel senso che essa «*configura la designazione del pos come un atto amministrativo endo-procedimentale vincolato nell'an, residuando un margine di discrezionalità solo in ordine all'individuazione del punto di sbarco ritenuto più opportuno sul territorio nazionale. Può infatti accadere che, nella scelta del punto di sbarco, intervengano "valutazioni tecniche" in ordine al luogo dove [...] sia più opportuno operare lo sbarco*».

È già stato sufficientemente chiarito – ed è inutile ripetersi – che tale visione della procedura di sbarco come attività vincolata è del tutto errata e che, all'opposto, l'amministrazione competente dispone di uno spazio di discrezionalità per la ponderazione di superiori interessi come quello al controllo dei flussi migratori in vista della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Il Tribunale fa un'affermazione corretta quando sostiene che «*le ragioni che hanno determinato il trattenimento a bordo dei migranti esulano da valutazioni di tipo "tecnico" inerenti all'individuazione del porto più adeguato [...] investendo invece profili di indirizzo prettamente "politico" connessi al controllo dei flussi migratori*».

È pacifico che l'intenzione del ministro fosse quella di differire lo sbarco al momento del raggiungimento dell'accordo europeo sulla redistribuzione dei migranti. Tale volontà ministeriale, infatti, è stata esternata in diverse dichiarazioni pubbliche consegnate agli organi di stampa. In effetti, una volta raggiunto l'accordo, il nullaosta allo sbarco è stato immediatamente rilasciato.

Il punto centrale, come si è visto, è che tale volontà ministeriale è perfettamente rispettosa della disciplina internazionale e nazionale sul soccorso marittimo.

Si può quindi concludere che – contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale – l'ordine di bloccare temporaneamente la procedura di sbarco sia stato impartito *secundum legem* ovvero in aderenza alla normativa nazionale ed internazionale sul soccorso marittimo la quale prevede che, dopo aver messo in sicurezza le persone in pericolo di vita, l'amministrazione competente può valutare l'interesse statale ad una corretta gestione dei flussi migratori, magari inserendo una fase endo-procedimentale di redistribuzione.

### **6.2.2. La scriminante ex art. 51 c.p.**

La genericità del dolo sottrae rilevanza allo specifico scopo perseguito dal soggetto agente. Tuttavia, vi è un caso specifico nel quale tale scopo assume grande rilevanza ai fini della sussistenza dello stesso elemento psicologico.

Si tratta dell'ipotesi in cui lo scopo – come ricorda lo stesso Tribunale – *«costituisca il risultato del “corretto esercizio” di un potere, potendo solo in quest'ultima ipotesi ritenersi la condotta privativa della libertà altrui non anti-giuridica, in quanto scriminata dalla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto o dell'adempimento di un dovere prevista dall'art. 51 c.p.»*.

In altre parole, il reato di sequestro di persona non si configura – per difetto dell'elemento psicologico – laddove il soggetto agisca nella convinzione di esercitare in modo legittimo un potere legalmente conferitogli e la limitazione della libertà personale sia la conseguenza di tale esercizio, come tipicamente avviene nel caso di arresto o detenzione legale.

La giurisprudenza ha affermato che *«deve escludersi la configurabilità del suddetto reato allorché la privazione della libertà costituisca il risultato di una condotta che, sebbene oggettivamente illegittima, sia contrassegnata soggettivamente dalla finalità di realizzare l'esercizio di un potere del quale l'agente sia legittimamente investito e non si caratterizzi come comportamento privo di ogni legame con l'attività istituzionale»*<sup>42</sup>.

Ciò significa che occorre sempre verificare – come pure riconosciuto dal Tribunale dei ministri – l'eventuale presenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p. la quale ben potrebbe scriminare la condotta astrattamente privativa dell'altrui libertà.

È appena il caso di sottolineare che in un caso come quello che ci occupa, date le peculiari funzioni svolte dal ministro dell'Interno, tale verifica assumere particolare rilievo.

Infatti, ai sensi dell'art. 1 l. 1981, n. 121, il Ministro dell'interno è responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ed è autorità nazionale di pubblica sicurezza. Ha l'alta direzione dei servizi di ordine e sicurezza pubblica e coordina in materia i compiti e le attività delle forze di polizia. Adotta i provvedimenti per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

In pratica, la questione giuridica che si pone è la seguente.

Dato che il ministro dell'Interno è autorità nazionale di pubblica sicurezza, e dato che, per massima di esperienza, l'ingresso ed il soggiorno illegale nel territorio dello Stato pongono in pericolo la pubblica sicurezza, l'ordine ministeriale di procrastinare lo sbarco dei migranti irregolari al raggiungimento di un accordo a livello europeo sulla redistribuzione può considerarsi impartito nell'esercizio del dovere di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica e, dunque, scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p.?

Il Tribunale dei ministri ha escluso l'operatività della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere ritenendo che *«il ministro ha agito al di fuori delle finalità proprie dell'esercizio del potere conferitogli dalla legge, in quanto le scelte politiche o i mutevoli indirizzi impartiti a livello ministeriale*

---

<sup>42</sup> Cass. 16-01-2003, n. 1808.

*non possono ridurre la portata degli obblighi degli Stati di garantire nel modo più sollecito il soccorso e lo sbarco dei migranti in un luogo sicuro».*

Si tratta della riproposizione del solito argomento – già confutato e sul quale è inutile ritornare – secondo cui la procedura di sbarco è un'attività vincolata nella quale non residuano margini di discrezionalità a parte quella squisitamente tecnica relativa alla scelta del miglior porto di sbarco sul territorio nazionale.

Se il Tribunale si fosse fermato qui non ci sarebbe stato nulla da aggiungere. Ma il collegio ha aggiunto altre considerazioni sulle quali vale la pena di soffermarsi.

Si legge nella relazione come *«lo sbarco di 131 cittadini stranieri non regolari non potesse costituire un problema cogente di ordine pubblico per diverse ragioni ed in particolare: a) in concomitanza con il caso Gregoretti si era assistito ad altri numerosi sbarchi dove i migranti soccorsi non avevano ricevuto lo stesso trattamento; b) nessuno dei soggetti ascoltati dal Procuratore della Repubblica di Catania, da quello di Siracusa e da questo Tribunale ha riferito di informazioni sulla possibile presenza, tra i soggetti soccorsi, di persone pericolose per la sicurezza e l'ordine pubblico nazionale».*

Simili argomenti, tesi disinvoltamente a minimizzare l'impatto del fenomeno migratorio irregolare sull'ordine e sicurezza pubblica, lasciano chiaramente intendere quale sia la concezione adottata dal Tribunale in materia di immigrazione<sup>43</sup>.

È nota, infatti, la posizione dottrinale e giurisprudenziale che pone in dubbio che la condotta di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato abbia una qualche idoneità lesiva di interessi giuridicamente tutelati e, addirittura, che abbia una connotazione materiale apprezzabile.

---

<sup>43</sup> Si preferisce glissare sulla risibilità dell'argomento numerico adoperato. Infatti, se la questione si riduce ad un problema squisitamente numerico, allora sarebbe interessante capire qual è – se c'è – il criterio quantitativo adoperato dal collegio per stabilire il numero di ingressi irregolari che potrebbe destare problemi di ordine pubblico! Per esempio, sarebbe interessante capire se, in base a tale criterio quantitativo posseduto dal collegio, l'ingresso nel territorio italiano di circa 638.000 migranti irregolari avvenuto dal 1° gennaio 2014 al 31 maggio 2018 possa destare o meno un problema cogente di ordine pubblico! A tale cifra ammonta, infatti, secondo il cruscotto statistico diramato mensilmente dal Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione del Ministero dell'Interno, il totale degli ingressi irregolari avvenuti nel nostro paese nel periodo considerato.

Ed è bene pure glissare sull'improbabile argomento secondo cui lo sbarco di 131 cittadini stranieri non regolari non poteva destare preoccupazioni di ordine pubblico perché *«in concomitanza con il caso Gregoretti si era assistito ad altri numerosi sbarchi»*. Che è come affermare che un reato lesivo dell'ordine e della sicurezza pubblica commesso a Roma non può destare allarme sociale perché, contemporaneamente, a Milano sono stati commessi numerosi altri reati della stessa specie.

Secondo questa posizione l'incriminazione di cui all'art. 10bis, co. 1°, T.U. sull'immigrazione, violerebbe sia il principio di materialità del reato sia il principio di necessaria offensività del reato.

Sul primo versante, si sostiene che l'incriminazione prevederebbe un illecito che criminalizza una "condizione personale e sociale" – quella, cioè, di straniero "clandestino" (o, più propriamente, "irregolare") – della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale.

Sul secondo versante, si sostiene che l'incriminazione prevederebbe un illecito "di mera disobbedienza", non offensivo – anche solo nella forma della messa in pericolo – di alcun bene giuridico meritevole di tutela: illecito la cui repressione darebbe vita ad una ipotesi di "diritto penale d'autore", al di sotto della quale si radicherebbe l'intento di penalizzare *ex se* situazioni di povertà ed emarginazione.

È altrettanto noto come tale posizione abbia condotto alla proposizione della questione di legittimità costituzionale della citata norma. Ebbene, la Corte Costituzionale<sup>44</sup> ha giudicato infondata la questione di costituzionalità sotto entrambi i profili.

Rispetto alla paventata violazione del principio di materialità, il giudice delle leggi ha affermato che *«oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative "fare ingresso" e "trattenersi" nel territorio dello Stato [...] locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)»*<sup>45</sup>.

Rispetto alla paventata violazione del principio di necessaria offensività, la Corte ha affermato che il bene giuridico tutelato dal reato contravvenzionale di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato è agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori.

Più nel dettaglio, chiarisce la Corte, *«l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del*

---

<sup>44</sup> Corte Cost. 05-7-2010, n. 250.

<sup>45</sup> Conseguentemente, la Corte ha ritenuto priva di fondamento la tesi del giudice a quo secondo la quale l'incriminazione *de qua* prevederebbe, nella sostanza, una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare, non rispondente all'*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitraria. Infatti, conclude la Corte, *«la norma impugnata non sancisce alcuna presunzione di tal fatta, ma si limita – similmente alla generalità delle norme incriminatrici – a reprimere la commissione di un fatto oggettivamente (e comunque) anti-giuridico, offensivo di un interesse reputato meritevole di tutela»*.

*complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata».*

Secondo l'insegnamento costante del giudice delle leggi<sup>46</sup>, i beni pubblici “finali” tutelati dal diritto penale dell'immigrazione sarebbero, in particolare, l'ordine e la sicurezza pubblica.

In sostanza – secondo una ben nota tecnica legislativa che riguarda ormai molti settori del diritto penale – la sanzione penale accede alla violazione di discipline amministrative afferenti la regolazione ed il controllo di specifiche attività, in modo da salvaguardare in via preventiva beni sovraindividuali che sarebbero esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse.

Si tratta, dunque, di un reato di pericolo presunto: la tutela penale di beni collettivi di grande rilievo costituzionale, come l'ordine e la sicurezza pubblica, viene anticipata alla lesione di un bene propedeutico, come l'ordinata gestione dei flussi migratori, sulla scorta della presunzione che la lesione di tale bene “strumentale” possa mettere in pericolo i beni “finali” oggetto di tutela<sup>47</sup>.

Queste importantissime considerazioni della Corte Costituzionale condannano anche l'ulteriore considerazione svolta dal Tribunale dei ministri secondo cui lo sbarco in questione non poteva costituire un problema cogente di ordine pubblico perchè *«nessuno dei soggetti ascoltati dal Procuratore della Repubblica di Catania, da quello di Siracusa e da questo Tribunale ha riferito di informazioni sulla possibile presenza, tra i soggetti soccorsi, di persone pericolose per la sicurezza e l'ordine pubblico nazionale».*

---

<sup>46</sup> Corte Cost. 07-5-2008, n. 148; Corte Cost. 17-5-2006, n. 206; Corte Cost. 10-02-1994, n. 62.

<sup>47</sup> Rispetto a tali considerazioni risulta irrilevante la nota diatriba concernente la depenalizzazione della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato e la sua derubricazione ad illecito amministrativo. Notoriamente, infatti, il governo ha deciso di non esercitare la delega ricevuta con la l. 28 aprile 2014, n. 67 concernente la depenalizzazione di numerosi reati fra i quali quello di cui all'art. 10bis, co. 1°, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Tuttavia, rispetto a tale questione, è bene richiamare quanto osservato dalla stessa Corte Costituzionale: *«Il controllo giuridico dell'immigrazione – che allo Stato, dunque, indubbiamente compete (sentenza n. 5 del 2004), a presidio di valori di rango costituzionale e per l'adempimento di obblighi internazionali – comporta, d'altro canto, necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime. Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa (com'era anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia»* (Corte Cost. 05-7-2010, n. 250).

È evidente, infatti, come una simile considerazione denoti un totale travisamento della ratio della fattispecie incriminatrice e si traduca, in definitiva, in un rilevante errore tecnico-giuridico.

Nella fattispecie contravvenzionale di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato – trattandosi, appunto, di reato di pericolo presunto – la valutazione della pericolosità della condotta è stata effettuata, una volta per tutte, “a monte” dal legislatore, per cui il giudice è esentato dall'accertamento “a valle” della pericolosità in concreto dell'azione od omissione commessa nel particolare caso considerato<sup>48</sup>.

Data la funzionalità della tutela del bene “strumentale” del controllo dei flussi migratori rispetto a quella del bene “finale” dell'ordine e della sicurezza pubblica, la condotta di ingresso irregolare nel territorio dello Stato ha rilievo penale indipendentemente da ogni valutazione circa il numero e la pericolosità concreta degli autori della condotta stessa.

A chiusura, la stessa Corte Costituzionale ha specificato che la personalità dell'autore «*potrà rilevare, semmai, solo sul piano della commisurazione della pena da parte del giudice, secondo i criteri dettati dall'art. 133, secondo comma, cod. pen.*»<sup>49</sup>.

Tutto ciò chiarito, è indubbio che l'azione ministeriale si inserisca perfettamente nel quadro delle finalità proprie dell'esercizio dei poteri che la legge conferisce al ministro dell'Interno. Va da sé, infatti, che un meccanismo di redistribuzione preventiva dei migranti irregolari, riducendo l'impatto del fenomeno migratorio irregolare sull'Italia, ed i pericoli che ad esso si accompagnano, attua una maggiore tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Dunque, l'ordine ministeriale di blocco temporaneo della procedura di sbarco è stato impartito nell'esercizio legittimo del potere-dovere che la legge conferisce al ministro dell'Interno<sup>50</sup>.

D'altronde, la stessa Corte Costituzionale in un'altra pronuncia ha affermato che «*lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse [...], essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a*

---

<sup>48</sup> In ciò consiste, infatti, la differenza tra reati di pericolo concreto, dove la pericolosità della condotta astrattamente descritta dalla norma è presunta *iuris tantum*, e che pertanto richiedono un'autonoma valutazione da parte del giudice circa la effettiva pericolosità della condotta concretamente posta in essere, e reati di pericolo presunto, dove la pericolosità della condotta è presunta *iuris et de iure* dal legislatore.

<sup>49</sup> Corte Cost. 05-7-2010, n. 250.

<sup>50</sup> Del resto, nel caso concreto, è fuori discussione la sussistenza dei requisiti individuati dalla richiamata giurisprudenza di legittimità per la concreta operatività della scriminante ovvero che il potere sia stato legittimamente conferito e che sia stato esercitato nel contesto della normale attività istituzionale.

*tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali»<sup>51</sup>.*

### **6.3. Riepilogo e considerazioni finali.**

In estrema sintesi, l'ipotesi accusatoria sostenuta dal Tribunale dei ministri poggia su tre pilastri fondamentali.

Rispetto all'elemento oggettivo, sull'assunto che il nullaosta allo sbarco vada rilasciato subito dopo la sua richiesta senza dilazione alcuna; nonché sulla presunta esistenza di un "diritto allo sbarco" in capo ai migranti irregolari tratti in salvo nelle operazioni di salvataggio marittimo, in grado di compensare il divieto di ingresso nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità.

Rispetto all'elemento soggettivo, sulla tesi che il rilascio del nullaosta allo sbarco sia un'attività vincolata nell'*an*, dove l'unica discrezionalità residuante è quella relativa alle valutazioni tecniche sul miglior porto di sbarco sul territorio nazionale, e dalla quale esulano valutazioni politiche legate al controllo dei flussi migratori.

Insomma, in una battuta, l'ipotesi accusatoria è fondata sull'assunto che il rilascio del nullaosta allo sbarco sia un atto dovuto, privo di discrezionalità nell'*an*, e da compiersi immediatamente.

Ora, pare potersi affermare che tale assunto – anziché derivare da una serena lettura del dato normativo di riferimento – sia il frutto di posizioni preconcepite.

Nella presente trattazione si è ripetuto più volte che le linee guida IMO, ben lungi dal prevedere una mera attività vincolata, contemplanò un approccio integrato che coniuga l'esigenza di garantire lo sbarco delle persone tratte in salvo con l'esigenza di garantire il controllo delle frontiere e dei flussi migratori, annoverando tra le priorità da considerare la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica dello Stato dove viene operato lo sbarco.

Si è anche chiarito che tali linee guida non hanno inteso introdurre alcun "obbligo di sbarco" in capo allo Stato il quale conserva il potere sovrano di interdire l'accesso ai propri porti quando ritiene che un eventuale sbarco costituisca un rischio elevato per la sicurezza pubblica.

Pertanto, si è affermato che nella procedura di sbarco l'amministrazione competente dispone di uno spazio di discrezionalità per la ponderazione del superiore interesse al controllo dei flussi migratori il quale, come chiarito dalla Corte Costituzionale, risulta propedeutico alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Scendendo nel dettaglio, si è anche visto che le linee guida IMO prevedono espressamente che i governi interessati possano cooperare al fine del raggiungimento di un accordo sullo sbarco. In tal caso è raccomandato di

---

<sup>51</sup> Corte Cost. 13-11-1997, n. 353.

minimizzare i tempi di attesa dello sbarco il quale, si puntualizza, deve avvenire in un “reasonable time”.

In definitiva, quindi, il tempo entro cui ultimare la procedura è quello necessario a contemperare tutti gli interessi in gioco, fra cui quello prioritario al controllo dei flussi migratori.

Non c'è dubbio, quindi, che l'interpretazione fornita dal Tribunale è errata: nessuna attività vincolata nell'*an* e nessun obbligo a provvedere immediatamente.

Dunque, una fase endo-procedimentale finalizzata alla redistribuzione dei migranti risulta perfettamente coerente con l'approccio integrato sopra descritto. È chiaro, d'altra parte, che un meccanismo di redistribuzione preventiva dei migranti irregolari, riducendo l'impatto del fenomeno migratorio sullo Stato che si fa carico dello sbarco, consente di diminuire il pericolo che questo può rappresentare per la sicurezza pubblica.

In definitiva, impartendo l'ordine di differire lo sbarco dei migranti irregolari al raggiungimento di un accordo a livello europeo sulla redistribuzione, il ministro dell'Interno – alto dirigente dei servizi di ordine e sicurezza pubblica e competente ad adottare i provvedimenti per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica – ha certamente agito nel quadro delle finalità dei poteri che l'ordinamento gli riconosce e, quindi, in modo pienamente legittimo.

Alla luce di tali considerazioni, un'accusa di sequestro di persona appare del tutto infondata dal momento che, del reato ipotizzato, vengono a mancare tanto l'elemento oggettivo quanto quello soggettivo: da un lato il trattenimento dei migranti a bordo non si è protratto più del tempo necessario al raggiungimento dell'accordo – e quindi non vi stata nessuna ingiustificata limitazione della libertà personale; dall'altro lato il potere ministeriale è stato esercitato nel quadro delle finalità di tutela della sicurezza pubblica – e quindi non vi è stata alcuna volontà criminosa.

L'opposta conclusione alla quale è approdato il Tribunale dei ministri, come già detto, è fondata su una interpretazione apertamente *contra litteram* del dato normativo.

Se si volessero individuare le ragioni di tale interpretazione, un valido indizio proviene da quegli argomenti, adoperati dal collegio nel proprio percorso giustificativo, chiaramente volti a minimizzare, se non a negare, l'impatto del fenomeno migratorio irregolare sull'ordine e sicurezza pubblica.

Invero, pare potersi affermare che la posizione assunta dal Tribunale dei ministri sia il frutto di una visione dogmatica (o, forse, bisognerebbe dire ideologica), decisamente rigettata dalla Corte Costituzionale, secondo la quale l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato non ha una effettiva idoneità lesiva di interessi giuridicamente tutelati o, addirittura, non ha neanche una connotazione materiale oggettivamente apprezzabile.

Presupponendo una tale visione, infatti, si comprende bene come l'attività di sbarco sia considerata una mera procedura tecnico-amministrativa nella quale ogni valutazione politica legata al controllo dei flussi migratori venga percepita come del tutto estranea<sup>52</sup>.

Se, come pare, la scelta ermeneutica più corretta è quella di qualificare il diniego temporaneo al rilascio del nullaosta allo sbarco come atto di alta amministrazione, allora, sulla scorta della giurisprudenza del Consiglio di Stato, rispetto a tale tipologia di atti il sindacato giurisdizionale non è pieno, ma è limitato alla censura di manifeste illogicità formali e procedurali in quanto gli atti di alta amministrazione si caratterizzano per la massima estensione di discrezionalità.

Ora, da quanto emerso in tutta la presente trattazione, si può concludere che non vi è stata nell'attività amministrativa di gestione dello sbarco alcuna irregolarità formale e procedurale che possa in qualche modo giustificare la sottoposizione dell'azione ministeriale al sindacato giurisdizionale del giudice penale.

## **7. Note a margine sull'autorizzazione a procedere da parte del Senato della Repubblica.**

### **7.1. Ritorna la strumentalizzazione politica del procedimento per i reati ministeriali?**

Il duplice "caso Diciotti-Gregoretti" è destinato a riaprire una polemica che, all'indomani dell'approvazione della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1 sul procedimento per i reati ministeriali, pareva essersi spenta.

Com'è noto, finora, la discussione si era concentrata su due questioni processuali: il problema dell'individuazione dell'organo competente a qualificare il reato come ministeriale ed il problema dell'ammissibilità del conflitto di attribuzione davanti alla Corte Costituzionale nel caso di diniego dell'autorizzazione a procedere<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Come già sostenuto per il "caso Diciotti", e ribadito per il presente caso, il Tribunale ha affermato che «*la decisione del ministro non è stata adottata per problemi di ordine pubblico in senso stretto, bensì per la volontà meramente politica – "estranea" alla procedura amministrativa prescritta dalla normativa per il rilascio del POS (in base alla quale l'indicazione del POS è un atto dovuto, residuando una limitata discrezionalità sul quomodo collegata a "ragioni tecniche", insussistenti nel caso di specie) – di affrontare il problema della gestione dei flussi migratori invocando, in base ad un principio di solidarietà, la ripartizione dei migranti a livello europeo tra tutti gli Stati membri*».

<sup>53</sup> Su tali questioni si vedano *ex plurimis* R. Aprati, Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione" fra i giudici ordinari e assemblee parlamentari, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2/2012; G. Gemma, Procedimenti penali per (presunti) reati ministeriali e legittimazione del governo a sollevare conflitto di attribuzioni, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1/2013.

In questa sede sembra ozioso ritornare su tali profili. Sia perché con le recenti prese di posizione della Corte Costituzionale il dibattito su tali versanti sembra per il momento sopito<sup>54</sup>; sia perché tanto il “caso Diciotti” quanto il “caso Gregoretti” non hanno fornito elementi di novità su tali aspetti.

Adesso, invece, riemerge chiaramente un profilo di criticità della legge 16 gennaio 1989, n. 1 sulla quale, per almeno un trentennio, sembravano essersi spenti i riflettori.

Notoriamente, le ragioni che hanno condotto all'abbandono del sistema accusatorio consegnato dal costituente si appuntavano sullo stravolgimento del ruolo del Parlamento nella procedura: questo, da organo di propulsione della responsabilità ministeriale, si era impropriamente trasformato in organo della difesa della posizione del ministro inquisito<sup>55</sup>.

È superfluo ricordare nel dettaglio le varie disfunzioni della precedente procedura: la segretezza dei lavori della commissione bicamerale inquirente; l'impossibilità per il Parlamento di controllare i lavori di questa; il sostanziale potere decisorio della commissione; la necessità della maggioranza assoluta per la delibera parlamentare di messa in stato di accusa; ecc.

In sintesi, com'è stato efficacemente riassunto, si era in presenza di «*un sistema logicamente coerente, rigorosamente rivolto a realizzare un unico obiettivo: rendere quanto più possibile difficoltosa la procedura accusatoria in modo che un'eventuale denuncia contro un Ministro non riuscisse mai – o solo in casi davvero eccezionalissimi – ad arrivare al giudizio della Corte Costituzionale*»<sup>56 57</sup>. Non è esagerato dire che, per questa via, era stata creata una vera e propria immunità dal sapore di ingiustificabile privilegio.

Dopo due infruttuosi tentativi di riforma, si è giunti infine – con la legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1 – all'approvazione di una nuova disciplina del procedimento per i reati ministeriali.

L'intento dichiarato era quello di depoliticizzare tale procedimento passando da un sistema di “giustizia politica” – dove la funzione accusatoria era affidata al Parlamento – ad un sistema di “giustizia comune” – dove la funzione accusatoria venisse affidata alla magistratura ordinaria.

La scelta legislativa è stata quella di istituire un collegio specializzato presso il Tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'Appello competente per territorio il quale, espletate le indagini preliminari, e applicando la

---

<sup>54</sup> Corte Costituzionale 12 aprile 2012, nn. 87 ed 88. Si veda il seguente commento: E. Furno, Le nuove sentenze «gemelle» della Corte Costituzionale sui reati ministeriali: un finale di partita?, in *Giurcost.org*, 20 settembre 2012.

<sup>55</sup> In tal senso si vedano *ex plurimis* P. G. Grasso, La Commissione inquirente nel procedimento di accusa parlamentare per i reati commessi dai Ministri. Profili di diritto costituzionale, in *Giust. Pen.*, I/1978; L. Carlassare, in *AA.VV. Il Consiglio dei ministri*, Zanichelli, Bologna, 1994

<sup>56</sup> Così L. Carlassare, in *op. ult. cit.*, p. 435.

<sup>57</sup> Il famoso “scandalo Lockheed” fu l'unico caso in cui si arrivò fino alla fase del giudizio costituzionale.

legislazione penale comune, compie una valutazione tecnico-giuridica sulla sussistenza del reato ministeriale.

La relazione del collegio contenente l'ipotesi accusatoria viene poi trasmessa alla camera di appartenenza del ministro la quale deve autorizzare l'autorità giudiziaria a procedere secondo le norme ordinarie vigenti. Il Parlamento, così, acquisisce l'auspicata funzione difensiva, coerentemente al rapporto fiduciario che lo lega al governo.

La camera può negare tale autorizzazione ove reputi che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo.

Si tratta della previsione di scriminanti *extra ordinem* con le quali la camera di appartenenza può valutare che la condotta del ministro, astrattamente integrante un'ipotesi di reato, ha una "giustificazione politica" che ne rende inopportuna la giustiziabilità. È evidente, quindi, che esse segnano la persistenza nel procedimento un "momento di politicità". In sostanza, l'avvio di un processo penale nei confronti di un ministro, lungi dal dipendere esclusivamente da una valutazione tecnico-giuridica, dipende anche da una valutazione politica del Parlamento.

Durante l'elaborazione della nuova disciplina, infatti, non erano mancate le voci che polemicamente segnalavano come, proprio con la previsione del potere in capo al Parlamento di paralizzare l'azione della magistratura riconoscendo la "giustificazione politica" della condotta ministeriale, nella sostanza, non ci si sarebbe discostati più di tanto dal precedente modello di "giustizia politica", aprendo così il varco alla possibilità di una vasta congerie di abusi<sup>58</sup>.

Tali polemiche, come detto, si erano poi placate all'indomani dell'approvazione definitiva della nuova legge costituzionale, anche per il repentino sopraggiungere di altre, e più pressanti, questioni processuali delle quali si è accennato.

Ebbene, l'odierno duplice "caso Diciotti-Gregoretti" ha chiaramente mostrato come quelle voci polemiche fossero del tutto fondate.

Non si può tacere sulla circostanza che – a fronte di due casi identici e perfettamente sovrapponibili, che riguardano lo stesso ministro dell'Interno e la stessa compagine governativa, che sono accaduti nella cornice del medesimo programma di governo – il Senato, nelle due vicende, ha deciso

---

<sup>58</sup> In senso critico si vedano V. Caianiello, Immunità e responsabilità nell'esercizio di pubbliche funzioni: evoluzione e quadro attuale, in Scritti in memoria di A. De Stefano, Milano, 1990; L. Elia, Le nuove regole sui reati ministeriali (a prima lettura), in Scritti in memoria di A. De Stefano, Milano, 1990; G. Tranchina, Autorizzazione a procedere per reati ministeriali, in Dig. Disc. Pen., App., IV, Torino, 1990; G. Santacroce, La delimitazione della categoria dei reati ministeriali tra interpretazione e legge costituzionale di riforma, in Giust. Pen., III/1995.

in modo diametralmente opposto, optando in un caso per il diniego dell'autorizzazione a procedere e nell'altro per la sua concessione.

Dagli ambienti politici si è sommessamente commentato adducendo una presunta diversità dei due casi tale da giustificare decisioni difformi. Si tratta di affermazioni inconsistenti.

La vera ragione di tale difformità è presto detta: da una decisione parlamentare all'altra è mutata la compagine governativa e la maggioranza parlamentare di sostegno.

Dunque, si arriva facilmente alla conclusione che la perseguibilità di un medesimo fatto di possibile rilievo penale, astrattamente qualificabile come reato ministeriale, dipende dal variare delle maggioranze parlamentari. Ciò con buona pace di coloro i quali hanno creduto che con la legge costituzionale 1989, n. 1 si fosse realmente depoliticizzato il procedimento per i reati ministeriali.

Che ad un medesimo fatto possano seguire valutazioni diverse, e anche opposte, non è certo una grande “scoperta giuridica”. Quello che qui si vuole stigmatizzare, però, è l'illusione dell'avvenuta depoliticizzazione di un procedimento il cui avvio dipende, in fin dei conti, da una decisione assunta dal massimo organo politico, e quindi, per definizione, politica.

È evidente, infatti, che, con la nuova disciplina, la politica è uscita, per così dire, dalla “porta principale” per rientrare dalla “finestra” delle cause di giustificazione.

In definitiva, se l'obiettivo auspicato era la depoliticizzazione del procedimento in questione – pur non potendosi negare le evidenti migliorie apportate dalla nuova procedura – si può ben affermare che tale obiettivo non è stato pienamente raggiunto.

Invero, già all'indomani del “caso Diciotti”, la dottrina più attenta e lungimirante<sup>59</sup> aveva prontamente rispolverato il vecchio dibattito sui possibili rischi di strumentalizzazione politica cui si prestava il nuovo procedimento.

Anzitutto veniva richiamata l'attenzione sul fatto che – nella costanza della compagine governativa e della relativa maggioranza – il potere del Parlamento di concedere o negare l'autorizzazione a procedere si può prestare ad una duplice strumentalizzazione.

In primo luogo, la camera decidente può pretestuosamente riconoscere la sussistenza della scriminante al deliberato scopo di impedire l'avvio del processo penale nei confronti del proprio ministro. In secondo luogo, la camera decidente può maliziosamente, disconoscere la sussistenza della scriminante al solo fine di liberarsi di un ministro sgradito senza passare dalle “forche caudine” della mozione di sfiducia.

---

<sup>59</sup> Il riferimento è ad A. Ciancio, L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave “Diciotti”, in *Federalismi.it*, 16/2019.

Ma soprattutto, questa dottrina, con lungimiranza, segnalava come il rischio di un uso politico del procedimento “*assume vieppiù concretezza se riferito ai membri di Governi non più in carica, espressione di maggioranze diverse da quelle presenti in Parlamento al momento della richiesta di autorizzazione*”<sup>60</sup> in quanto la nuova maggioranza potrebbe ben utilizzare il procedimento in questione (segnatamente, concedere l'autorizzazione a procedere) per ostacolare un avversario dell'opposto schieramento politico. E purtroppo, dispiace affermare che pare proprio che questo sia ciò che è successo nel “caso Gregoretti”. Diversamente opinando, bisognerebbe trovare una plausibile spiegazione al trattamento diverso di due situazioni che, da un punto di vista tecnico-giuridico, appaiono identiche e perfettamente sovrapponibili.

D'altro canto, bisogna pure dire che la pretesa di eliminare ogni “momento di politicità” dal procedimento per i reati ministeriali è pura utopia: il semplice fatto che si tratta della responsabilità penale di un soggetto al quale è conferita una funzione politica rende vano ogni tentativo di eliminare dal procedimento tutto ciò che appare extra-giuridico.

Invero, tale eliminazione non è nemmeno auspicabile. Al contrario, conservare tale “momento di politicità” in un ambito che si situa al confine tra diritto e politica è forse necessario. Ciò che occorre, però, è una forte presa di consapevolezza sulle possibili strumentalizzazioni politiche che tale caratteristica può comportare.

## 7.2. Considerazioni sulla sussistenza delle scriminanti *extra ordinem*.

“Interesse dello Stato costituzionalmente rilevante” e “preminente interesse pubblico” sono formule che hanno fatto discutere non poco<sup>61</sup>.

Invero, si tratta di espressioni neutre che cercano di dissimulare un concetto ben più pregnante, ormai scomparso dal linguaggio politico-giuridico, che va sotto il nome di “ragion di Stato”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> A. Ciancio, op. ult. cit., pag. 12.

<sup>61</sup> Secondo una parte della dottrina si tratterebbe di cause di giustificazione speciali che, analogamente a quelle ordinariamente previste dal codice penale, escludono l'antigiuridicità di un fatto il quale dovrebbe altrimenti considerarsi illecito. Secondo altra parte della dottrina si tratterebbe di “condizioni di improcedibilità” in presenza delle quali l'azione penale non può essere avviata. In sostanza, secondo una ricostruzione si tratterebbe di vere e proprie scriminanti che, operando oggettivamente, rendono il fatto lecito ab origine; secondo l'altra si tratterebbe di semplici esimenti che, operando soggettivamente, senza escludere l'antigiuridicità del fatto, mandano l'inquisito esente da sanzione. Del resto, non sono mancate posizioni ibride che hanno valorizzato entrambi i profili.

<sup>62</sup> Espressione antica, a sua volta ambigua, la quale, ridotta a concetto esclusivamente giuridico, designa ancora oggi la necessità per chi esercita il ruolo politico apicale di giustificare un'azione, ancorché illecita, volta a garantire la conservazione dello Stato escludendone la giustiziabilità.

Si è già detto, infatti, che si tratta di scriminanti speciali con le quali il Parlamento può valutare che una condotta, astrattamente integrante un'ipotesi di reato, ha una "giustificazione politica" che ne rende inopportuna la giustiziabilità e così denegare l'autorizzazione a procedere.

In pratica, analogamente all'operazione di bilanciamento sottesa alle ordinarie cause di giustificazione, al Parlamento viene chiesto di operare una valutazione comparativa tra l'interesse tutelato dalla fattispecie di reato ipotizzata e l'interesse pubblico perseguito dall'azione ministeriale e di riconoscere la scriminante ove tale interesse pubblico venga ritenuto preminente.

Poiché, per definizione, anche l'interesse tutelato dalla norma penale ha rilievo costituzionale, il mero riferimento a un "interesse costituzionalmente rilevante" o ad un "interesse pubblico" non risulta dirimente. Piuttosto, deve trattarsi di un interesse pubblico che si pone come antecedente logico rispetto agli altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Un simile interesse pubblico è agevolmente individuabile nell'interesse alla sicurezza ed alla conservazione dello Stato stesso il quale, con tutta evidenza, si presenta come propedeutico a tutti gli altri interessi che uno Stato può garantire. Per questo, le scriminanti in questione sembrano evocare proprio l'antica idea della "ragion di Stato" e identificano, secondo una formula azzeccata, una sorta di "stato di necessità politico-costituzionale"<sup>63</sup>.

La domanda, a questo punto, è se, nel duplice "caso Diciotti-Gregoretti", l'azione ministeriale fosse giustificata da tale "stato di necessità politico-costituzionale".

Si è visto in precedenza come l'atto ministeriale censurato dal Tribunale si inserisca in un tentativo di soluzione negoziale della controversia internazionale dovuta al fatto che la norma che disciplina il sorgere dell'obbligo di fornire il p.o.s. in capo agli Stati costieri non è generalmente riconosciuta ed applicata, ciò causando una situazione nella quale l'intero peso organizzativo della macchina dei soccorsi viene a gravare su alcuni Stati soltanto, ed in particolare sull'Italia per ciò che riguarda la c.d. "rotta libica". In tale direzione è bene richiamare quanto affermato dallo stesso ministro inquisito nella memoria difensiva indirizzata alla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari in vista del voto per l'autorizzazione a procedere per il "caso Diciotti".

*«Il dato fondamentale è che vi era un obbligo giuridico vigente in capo a Malta [...]. Pertanto l'iniziativa governativa è stata adottata proprio sulla scorta della violazione degli obblighi da parte di Malta, al fine di sottoporre alla sede sopranazionale la soluzione di problemi nascenti da tali violazioni [...]. In buona sostanza, a fronte della violazione di un obbligo da parte di uno Stato membro dell'Unione, i rimedi necessari alla soluzione della*

<sup>63</sup> Così A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, 2000, p. 251-ss.

*controversia (la Capitaneria aveva parlato di "...una guerra con Malta") rientrano nell'ambito del perseguimento di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante (concreta attuazione degli obblighi internazionali da parte di tutti i membri dell'Unione Europea, applicazione del regime consuetudinario di soluzione delle controversie stesse: art. 11 e 117 Cost.), nonché del preminente interesse pubblico a un corretto controllo e a una corretta gestione dei flussi migratori, ed infine ad una piena tutela dell'ordine pubblico».*

A sua volta, il relatore della Giunta, nella relazione inviata al Senato in vista del voto, afferma:

*«In relazione alla configurabilità, nel caso di specie, dell'esimente inerente al perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo, di cui all'articolo 9, comma 3, della legge costituzionale n. 1 del 1989, si rileva che dall'esame dei fatti svoltisi tra il 14 agosto 2018 e il 25 agosto 2018 emerge che la decisione di non comunicare con maggiore sollecitudine il POS alla nave "Diciotti" si inquadri in una controversia di natura internazionale tra Italia e Malta a seguito dell'inadempimento, da parte di quest'ultimo Stato, alla normativa internazionale che impone al Governo responsabile dell'area di salvataggio di esercitare la primaria responsabilità dell'evento e di indicare il POS di accoglimento dei soggetti salvati.*

*L'interesse pubblico perseguito consisteva anche nel tentativo di dare una regolamentazione più rigorosa e corretta alla gestione dei flussi migratori, al duplice scopo di disincentivare il traffico degli immigrati e i conseguenti naufragi, oltre che delimitare il numero di accessi irregolari clandestini sul territorio nazionale».*

Invero, sarebbe a dir poco abnorme imputare a Malta la creazione di uno "stato di necessità politico-costituzionale" in Italia. La creazione di un simile stato, che al momento attuale certamente esiste, è la risultante di un insieme di fattori, di cui le inadempienze di Malta sono soltanto una parte, seppur rilevante.

È noto che a partire dal 2011 l'immigrazione irregolare verso l'Europa attraverso la c.d. "rotta libica" ha avuto un incremento tale da creare una vera e propria "crisi migratoria". L'approccio odierno, che almeno a livello di principio prevede una gestione europea condivisa tra i principali Stati membri, è una conquista recente, successiva al citato Consiglio Europeo del 28 giugno 2018.

Nei primi anni, tutto il peso della "crisi migratoria" è stato interamente scaricato sull'Italia.

Data la storica indisponibilità di Malta ad assumersi le proprie responsabilità nella gestione dell'area s.a.r. di sua competenza e data l'incapacità della Libia (rectius: del governo di Tripoli) a svolgere un'efficace attività s.a.r. nella vasta

area di propria competenza, causa l'insufficienza e l'inadeguatezza dei mezzi a sua disposizione, nel 2014 è stata compiuta una precisa scelta.

Con un accordo informale stipulato a Bruxelles e non reso di pubblico dominio il governo italiano dell'epoca si è impegnato a fornire un porto di sbarco sul territorio italiano per tutte le operazioni di salvataggio condotte nell'intero Mediterraneo centrale

dal naviglio di Frontex (Agenzia Europea della guardia di frontiera e costiera); dal naviglio militare di EUNAVFOR Med (European Union Naval Force Mediterranean – ovvero la missione europea di contrasto all'immigrazione clandestina); dal naviglio commerciale in transito e da quello di proprietà delle ONG; nonché, ovviamente, dal naviglio della Guardia Costiera Italiana e dalla Marina Militare Italiana<sup>64</sup>.

Ciò, evidentemente, in deroga alle regole fissate dalla Convenzione S.A.R. e dalle linee guida IMO che, come più volte detto in questa trattazione, prevedono una suddivisione in aree di competenza e responsabilità.

Tale impegno, a dir poco gravoso per l'Italia, è rimasto vincolante fino al febbraio 2018.

In sostanza, l'Italia ha accettato, in via preventiva e generale, di coordinare tutte le operazioni di soccorso nel Mediterraneo centrale e di autorizzare in modo automatico lo sbarco nei propri porti di tutti i migranti recuperati da qualsiasi imbarcazione in qualsiasi punto del Mediterraneo centrale. In pratica, per almeno quattro anni, tutto il Mediterraneo centrale è stato trasformato in un'unica immensa zona s.a.r. italiana.

La conseguenza di tale scelta politica è che circa 638.000 migranti irregolari hanno fatto ingresso in Italia tra il 1° gennaio 2014 e il 31 maggio 2018.

Ed occorre aggiungere che l'incidenza di tale enorme flusso migratorio irregolare sull'Italia è risultata aggravata dalla regola sancita nel Regolamento UE n. 604/2013 (c.d. Regolamento Dublino III) secondo cui la competenza per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri ricade sul c.d. "Stato di primo contatto". In forza di tale principio, infatti, l'Italia, in quanto appunto "Stato di primo contatto", è stata costretta a farsi carico di questa enorme massa di persone la quale o è rimasta nel nostro paese o, qualora sia riuscita a raggiungere fortunatamente altri paesi europei, è stata ricondotta in Italia dalle autorità straniere con regolari voli di linea<sup>65</sup>.

Va poi sottolineato che circa l'80% dei migranti giunti in questi anni in Italia al termine di operazioni di soccorso marittimo è ascrivibile alla categoria dei c.d. "migranti economici" ovvero di coloro che emigrano per mere

---

<sup>64</sup> L'esistenza dell'accordo è stata svelata dal direttore esecutivo di Frontex, durante un'audizione al Parlamento Europeo.

<sup>65</sup> Si tratta dei c.d. "dublinanti" tanto spesso menzionati nelle cronache giornalistiche.

motivazioni economiche e che, pertanto, non hanno diritto ad alcuna forma di protezione internazionale<sup>66</sup>.

Sotto questo profilo, infatti – come ormai appurato da numerose indagini della magistratura – le organizzazioni criminali dedite al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, che si occupano materialmente di organizzare le traversate dalle coste nordafricane, hanno da tempo individuato nell’ottemperanza degli obblighi previsti dalla normativa sul soccorso marittimo il perfetto meccanismo elusivo della legislazione statale in materia di immigrazione.

Con espressione azzeccata, si è parlato di “naufragi programmati”<sup>67</sup>. Il modus operandi delle organizzazioni criminali dedite al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, in effetti, è proprio quello di causare deliberatamente dei naufragi<sup>68</sup>.

In sostanza, colui che non avrebbe diritto ad un ingresso regolare nello Stato viene trasformato in un naufrago che deve essere salvato ed introdotto nel territorio dello Stato per le prime cure e che poi, nella maggior parte dei casi, si insedia stabilmente nel territorio, seppur in una condizione di irregolarità, data l’inesistenza di accordi di rimpatrio con il paese di provenienza.

Quello a cui si è assistito in questi anni è una sistematica strumentalizzazione degli obblighi di soccorso marittimo che sono di fatto diventati il mezzo che ha consentito alle organizzazioni criminali di raggiungere i loro fini lucrando ingenti somme di denaro<sup>69</sup>.

È questa, in sintesi, la situazione che ha determinato uno “stato di necessità politico-costituzionale”, dal momento che è assurdo pensare che uno Stato possa assorbire un flusso migratorio irregolare di tale portata in un così breve periodo di tempo senza pesanti ripercussioni sulla tenuta del sistema di accoglienza e sulla sicurezza pubblica.

---

<sup>66</sup> Questi dati si ricavano dal cruscotto statistico diramato mensilmente dal Dipartimento per le Libertà Civili e per l’Immigrazione del Ministero dell’Interno.

<sup>67</sup> L’espressione è dell’ex Procuratore della Repubblica Carlo Nordio.

<sup>68</sup> Generalmente, uno dei migranti caricati sul barcone viene istruito su come condurre il natante per poche miglia. Il barcone viene dotato di carburante appena sufficiente a raggiungere le acque internazionali. Quando non si offre nessun volontario, i trafficanti stessi, a bordo di loro mezzi, trainano il barcone carico di migranti fino all’alto mare per poi dileguarsi. In entrambi i casi i migranti vengono deliberatamente lasciati alla deriva, contando proprio sugli obblighi internazionali di soccorso marittimo gravanti sugli Stati costieri. Ed infatti è a questo punto che uno dei migranti, al quale i trafficanti hanno fornito un telefono satellitare e le necessarie istruzioni, effettua la chiamata di aiuto mettendo immediatamente in moto la macchina dei soccorsi.

<sup>69</sup> Questa verità ha trovato riconoscimento anche nella recente “Dichiarazione di Malta” dove nei considerando iniziali gli Stati aderenti hanno espresso la consapevolezza “del fatto che i trafficanti abusano delle regole di ricerca e salvataggio e delle navi vicine per attuare il loro modello di affari”.



Uno “stato di necessità politico-costituzionale” la cui sussistenza, alla fine, è stata indirettamente riconosciuta anche in sede europea, dapprima, a livello programmatico, con l’inserimento nelle conclusioni del Consiglio Europeo del 28 giugno 2018 dell’intento di arrivare ad un sistema di presa in carico condivisa dei migranti sbarcati sul territorio europeo, e poi, a livello negoziale, con la predisposizione di un vero e proprio meccanismo di redistribuzione su base volontaria tra i paesi europei disponibili.