

PRINCIPIO DI NON REFOULEMENT E LEGITTIMA DIFESA

Ali Abukar Hayo



1. La “ragion di Stato” e le ragioni della persona **2.** Il principio di *non refoulement* nel diritto internazionale e sovranazionale **3.** I criteri di individuazione del Paese “sicuro” e il libero convincimento del Giudice **4.** La questione della legittima difesa nel caso *Vos Thalassa*

Abstract

Il principio di *non refoulement*, di produzione giurisprudenziale, trae origine dalle Convenzioni internazionali sulle modalità di accoglienza dei rifugiati e sui doveri di soccorso in mare. il denominatore comune, secondo

l'Autore, si ravvisa nella necessaria connessione con una, più o meno grave e urgente, "emergenza umanitaria", che impone il discernimento di una destinazione sicura. Il "rifugiato", ieri identificato in ragione della "discriminazione" subita nella terra di origine, oggi ha lasciato il posto al "fuggitivo", identificato in ragione del rischio di condizioni di vita altamente degradate. A tale fuggitivo è riconosciuto il diritto soggettivo di non-respingimento in un Paese non-sicuro, sicché sempre e comunque acquista rilevanza centrale la questione del Paese "sicuro". La giurisprudenza della Corte Europea detta i criteri di discernimento, in funzione delle procedure vigenti per la richiesta di asilo. Secondo l'Autore, gli atti legislativi o di Governo non possono fornire un catalogo preciso e rigido dei Paesi sicuri; solo il prudente apprezzamento del Giudice, guidato dai criteri normativi e giurisprudenziali, si rivela conducente. La vicenda *Vos Thalassa* ci pare abbastanza significativa al riguardo.

The principle of *non-refoulement* is a product of case law and originates from the international Conventions on refugees and the duty of rescue at sea. According to the Author, the common denominator rests on the necessary connection with a, more or less serious and urgent, "humanitarian emergency", which requires the determination of a safe destination. "Refugees", previously identified on the basis of the "discrimination" suffered by them in their country of origin, have given way today to "fugitives" running away from harsh living conditions. Such fugitives are granted the subjective right of non-refoulement to a non-secure Country, as a result of which the "security" of the Country always and in any case is a matter of key importance. The case law of the European Court provides the criteria for discernment, depending on the asylum application procedures in place. The Author maintains that legislative or government acts cannot provide a precise strict catalogue of safe Countries; only the prudent appreciation of the Court, based on regulatory criteria and case law, can be effective. The *Vos Thalassa* case seems to him quite significant in this regard.

1 - La "ragion di Stato" e le ragioni della persona

Nel campo della migrazione si rendono più evidenti e si acquiscono, fino al limite estremo, l'attrito latente e i conflitti potenziali tra le ragioni della persona e la "ragion di Stato". La possibilità di scegliere il luogo di dimora, secondo il proprio progetto di vita e le inclinazioni personali, può essere pensato senz'altro come un complemento necessario dello statuto giuridico naturale della persona^[1]. Al contempo la prerogativa dello Stato di difendere i propri confini ed esercitare il controllo sul territorio sottoposto alla sua sovranità è condizione essenziale, non solo della sua stessa effettività, ma anche della pacifica convivenza internazionale, basata sul mutuo riconoscimento degli Enti sovrani. Ne discende che un diritto soggettivo di ogni persona umana a fare ingresso nel territorio di uno Stato straniero (diverso da quello della propria

nazionalità) non può essere pieno e assoluto, ma soltanto e necessariamente condizionato. Il rispetto delle regole d'ingresso, fissate dallo Stato "ricevente", costituisce il presupposto essenziale per entrare in quel determinato territorio, cosicché può ritenersi sussistente un diritto, non già all'ingresso purchessia, ma solo a quello "regolare".

Ne discende la domanda se sia configurabile un diritto soggettivo al non respingimento e, eventualmente, a quali condizioni. S'intende facilmente che configurare il diritto generalizzato e incondizionato al non-respingimento equivale a riconoscere un diritto d'ingresso, alla stessa maniera e parimenti, generalizzato e incondizionato, per l'ovvia considerazione che non-respingere equivale a far entrare, sicché il soggetto che non viene respinto, per ciò stesso fa ingresso.

Ciò premesso, risulta evidente che la questione del diritto al non-respingimento e quella connessa della legittima difesa di tale diritto acquistano autonoma rilevanza in un contesto "emergenziale", al di fuori del quale si pone solo la questione se l'ingresso sia regolare o irregolare e se ne traggono le conseguenze in ordine al respingimento. L'indefettibile presupposto logico-giuridico del *non-refoulement* è la condizione di "rifugiato" (del beneficiario), la quale sempre e comunque si configura in termini di "emergenza umanitaria"; e tanto più, quando la vicenda riguarda una pluralità di persone in fuga da condizioni di vita insostenibili e si verte nell'ambito del "salvataggio" di vite umane[2]. In casi di emergenza umanitaria di massima urgenza, che involgono il dovere di soccorso e salvataggio immediato, il paradigma della "regolarità" lascia il posto a quello della "necessità" e il diritto che viene in rilievo è quello prioritario della sicurezza delle persone soccorse, ovviamente prevalente su qualsiasi altro. E tuttavia, anche negli altri casi di minore urgenza, nei quali non viene in rilievo la necessità del soccorso immediato, si verte, sempre e comunque, in tema di emergenza umanitaria, giacché la questione del *non-refoulement* si intreccia inestricabilmente con quella del diritto di asilo[3], da prestare al "rifugiato", ossia al soggetto in fuga dal pericolo che corrono la sua persona e i suoi diritti naturali.

Ne discende che le questioni relative al diritto (prioritario) della sicurezza personale diventano decisive e assorbenti rispetto a tutte le altre. Se il "salvataggio" delle vite umane prevale, per ragioni evidenti - in relazione alle quali è assolutamente superfluo spendere altre parole - sulla regolarità d'ingresso, il punto decisivo si riduce a uno solo: i "salvati" possono dirsi tali solo se condotti in un posto sicuro, nel quale la loro incolumità non è messa in pericolo. La *ratio* stessa del salvataggio impone che il beneficiario sia condotto in un luogo sicuro; non è tanto questione di respingimento/non-respingimento quanto di approdo sicuro/insicuro. A questa stregua, le sottigliezze giuridiche devono cedere il passo alle valutazioni concrete di opportunità; per certi versi, la questione veste panni politici (in senso lato) più che giuridici (in senso

stretto)[4], anche perché i principi di diritto internazionale involti nella vicenda nascono da convenzioni internazionali politicamente orientate, dall'interpretazione comunque "flessibile" e "aperta".

2 - Il principio di non refoulement nel diritto internazionale e sovranazionale

Le superiori osservazioni trovano conferma nel quadro normativo interno e internazionale[5], in cui è esplicitamente disciplinato, piuttosto che il diritto al non-respingimento, il dovere di soccorso[6]; e tuttavia, in relazione alle modalità doverose del secondo, sorge implicitamente il primo, di origine giurisprudenziale, il cui riconoscimento comporta evidentemente la possibilità della legittima difesa *ex art. 52 c.p.*. Le nostre questioni trovano dunque una prima risposta: la necessità e il dovere di apportare soccorso circoscrivono la cornice di riferimento entro la quale si può iscrivere il diritto al non-respingimento, che non sussiste come diritto autonomo bensì come conseguenza del dovere del soccorritore di condurre la persona soccorsa in un luogo sicuro[7]. A tale dovere corrisponde non già il diritto del soggetto a non essere respinto *tout court*, bensì il *diritto a non essere respinto in un luogo insicuro*. Sicché tale diritto, proprio perché sorge di riflesso e in un ambito circoscritto dall'emergenza, non si può enunciare in positivo e privo di condizioni, perché in tal caso equivarrebbe a un impossibile diritto incondizionato d'ingresso, ma solo in negativo, come diritto a *non* essere trasportato (dal soccorritore) in un luogo *non sicuro*.

In sintesi, la cornice concettuale entro la quale è ristretta la questione del *non refoulement* è segnata da un *inizio* e una *fine*: il presupposto è la condizione di "rifugiato"; la fine è la "sicurezza" del luogo di accoglimento; si tratta, come ben si vede, di categorie ben lontane dal parametro della "regolarità" (di transito da un Paese a un altro). Ciò si deve al fatto che la situazione emergenziale, per sua stessa natura, è cogente, nel senso che, per tutta la sua durata, "sospende" la condizione giuridica della persona soccorsa, la quale non è più un migrante "regolare" o "irregolare", ma semplicemente una persona umana, ricondotta alla sua originaria carnalità, nuda e priva di qualifica giuridica.

Infatti, il principio di *non-refoulement*, riconosciuto come "diritto vivente" nella giurisprudenza nazionale e internazionale, non riguarda l'ordinario flusso migratorio per ragioni turistiche, di lavoro, interscambio culturale, economico etc., svolto in condizioni di "normalità", ma trae origine dal diritto internazionale sui rifugiati, la cui prima fonte può individuarsi nella Convenzione della Società delle Nazioni relativa allo *status* dei rifugiati del 1933[8]. Si può inoltre ravvisare una fonte collaterale, meno conosciuta, afferente al diritto internazionale, bilaterale o multilaterale, di cooperazione penale[9]; se ne scorgono tracce, già prima del XX secolo, nei trattati di estradizione o "restituzione" di sospetti o condannati in

contumacia^[10]. Oggi la materia è disciplinata dall'art. 33, comma 1, della Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati di Ginevra del 1951^[11], rubricato "divieto d'espulsione e di rinvio al confine", così formulato: «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»^[12]. La protezione giuridica del "rifugiato", prevista nella Convenzione, non ha carattere assoluto, in quanto nel secondo comma del medesimo articolo è contemplata un'eccezione nel caso in cui «per motivi seri, (...) debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese»^[13].

È bene precisare che lo *status* di "rifugiato" non ha carattere derivato, ma originario, nel senso che non è necessario un esplicito atto di riconoscimento dello Stato accogliente, con l'evidente conseguenza che i potenziali richiedenti asilo, anche se non espressamente richiedenti, rientrano nella sfera di protezione del principio. Ciò, tuttavia, non è sufficiente a equiparare la figura del "rifugiato" a quella del "migrante", essendo la prima una *species*, caratterizzata dal presupposto specifico della discriminazione subita dal "rifugiato" nello Stato di partenza a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche; beninteso una discriminazione tanto grave, da minacciarne "la vita o la libertà".

Un'accezione più ampia del principio - inizialmente legato, ai sensi della Convenzione di Ginevra, allo *status* di "rifugiato-discriminato" (ancorché preesistente al riconoscimento dello Stato *accipiens*) e comunque gravato di clausola derogatoria - si deve oggi alla giurisprudenza della Corte EDU, che gli conferisce carattere esteso e lo sgancia dal presupposto "persecutorio-discriminatorio"^[14]. Il principio, nell'accezione della Corte, viene riconosciuto valido, non già solo in ragione di un *passato* (consistente nella discriminazione subita), ma anche in ragione di un rischio *futuro*, come si evince dalla sentenza emessa nel caso *Soering c. Regno Unito*: «(...) se uno Stato Parte decide di estradare un fuggitivo (...), tale decisione può dar luogo a una procedura per violazione dell'art. 3, in tal modo comportando la responsabilità di tale Stato in base alla Convenzione se sia dimostrata l'esistenza di motivi sostanziali per ritenere che la persona coinvolta, se estradata, correrebbe il rischio reale di essere sottoposta, nel Paese richiedente, a tortura o ad altro trattamento (o punizione) inumano o degradante»^[15].

S'intende che la cornice di riferimento del principio enunciato dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo è sempre e comunque, non già l'ordinario flusso migratorio, bensì, come detto, una situazione emergenziale,

designata in termini di “fuga”; infatti, il beneficiario del principio di *non refoulement* è qualificato come “fuggitivo”. I limiti di applicazione del principio sono ribaditi dalle Convenzioni internazionali riguardanti il soccorso in mare.

Viene in rilievo, in primo luogo, la Convenzione SOLAS[16], che al capitolo V, Regolamento 33, par. 1, prevede che «il comandante di una nave in posizione idonea a prestare assistenza, che abbia ricevuto informazioni sulla presenza di persone in una situazione di pericolo in mare, è obbligato a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza»[17]. Al contempo, il Regolamento 7, par. 1, prevede che gli Stati parte sono tenuti «a garantire che vengano presi gli accordi necessari per le comunicazioni di pericolo e per il coordinamento nella propria area di responsabilità e per il soccorso di persone in pericolo in mare lungo le loro coste»[18].

La ricerca e il soccorso sono disciplinati dalla Convenzione SAR[19], la quale prevede una ripartizione d'intesa tra gli Stati interessati delle zone di ricerca e salvataggio[20]. Ai sensi del par. 2.1.10 dell'Annesso, le Autorità dello Stato competente devono intervenire immediatamente assicurando «(...) che sia fornita assistenza a ogni persona in pericolo in mare (...) senza tener conto della nazionalità o dello *status* di tale persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata»[21]. Inoltre, ai sensi del par. 1.3.2 dell'Annesso alla Convenzione SAR, per salvataggio si intende una «operazione destinata a recuperare le persone in pericolo e a prodigare loro le prime cure mediche o altre di cui potrebbero aver bisogno e a trasportarle in un *luogo sicuro*»[22]. L'espressione “luogo sicuro” viene utilizzata altresì nel par. 3.1.9 della Convenzione di Amburgo, laddove il soccorritore è gravato dell'onere di garantire che «i superstiti assistiti siano sbarcati dalla nave che ha prestato assistenza e consegnati in un *luogo sicuro*” e che “lo sbarco sia effettuato al più presto, come ragionevolmente praticabile»[23].

3- I criteri di individuazione del Paese “sicuro” e il libero convincimento del Giudice

Risulta evidente, dunque, che il punto dirimente è la sicurezza del luogo di destinazione dei salvati. Sul discernimento del “luogo sicuro” le Convenzioni Internazionali non indicano, e giammai potrebbero indicare, certezze risolutive[24]. Né tanto meno può indicarle, una volta per tutte, una norma legislativa interna. In una materia siffatta, possono tutt'al più ravvisarsi criteri di massima e linee guida d'interpretazione giurisprudenziale, poiché la rigidità e la precisione della previsione *ex ante* mal si conciliano con la mutevolezza del divenire storico-politico; ciò che appare sicuro oggi potrà divenire insicuro domani e viceversa. Sicché il ragionevole discernimento del Giudice del caso concreto, con il suo insostituibile margine

di discrezionalità, sarà sempre e comunque indispensabile ed è un bene che sia così, giacché la purezza astratta del “diritto” è una chimera irraggiungibile, oltre che pericolosa; tanto più in una materia politicamente orientata, come quella riguardante i rapporti di collaborazione tra Stati sovrani.

In primo luogo, i criteri generali risultano enunciati in seno all’art. 38 della Direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (la cosiddetta “direttiva procedure”). La figura del «Paese terzo sicuro» è identificata “in negativo”, in base alla *mancata sussistenza* di alcuni presupposti; il Paese è considerato sicuro e la domanda di protezione internazionale[25] è ammissibile, a condizione che: a) non sussistano minacce alla vita e alla libertà (del richiedente) per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussista il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) sia rispettato il principio di “non-refoulement” conformemente alla convenzione di Ginevra; d) sia osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e) esista la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra[26].

A tali criteri generali ha dato applicazione la Grande Camera della Corte EDU, nel recente caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*[27]. I richiedenti contestavano gli atti dell’Autorità ungherese, la quale, considerando la Serbia un Paese “sicuro”, dichiarava inammissibili le richieste d’asilo di chi ne avesse attraversato la frontiera “irregolarmente”. La Corte ha riscontrato una violazione dell’art. 3 della Convenzione, osservando che il respingimento «lascia intatta la responsabilità dello Stato contraente in merito al suo dovere di non deportare (i migranti) se siano stati presentati motivi sostanziali per credere che una tale azione possa esporli direttamente (cioè in quel Paese terzo) o indirettamente (per esempio, nel Paese di origine o in altro Paese) a un trattamento contrario, in particolare, all’articolo 3»[28]. In sintesi, la qualifica di sicurezza, declinata nella versione della Corte, non riguarda solo il Paese (terzo) direttamente investito dall’eventuale flusso migratorio respinto, ma anche il Paese di origine dove i “respinti” sarebbero costretti a tornare, per mancata accettazione della loro richiesta d’asilo nel Paese terzo; si può dire che la giurisprudenza europea accoglie una nozione lata di sicurezza, in accezione diretta e indiretta.

L’applicazione del principio di *non refoulement* involge dunque la questione centrale: se la persona abbia accesso o meno a una procedura di asilo adeguata nel Paese terzo che lo riceverà[29]; non si potrà respingere il migrante, senza valutare il rischio che, in mancanza di asilo, la persona possa essere sottoposta a un trattamento contrario all’articolo 3 nel Paese di origine. Sul punto così si esprime la Corte nel caso *Ilias e Ahmed*: «in tutti i casi di spostamento di un richiedente asilo da uno Stato contraente a un Paese terzo

intermedio senza esame della domanda d'asilo nel merito, e indipendentemente dall'appartenenza dello Stato terzo all'UE o alla Corte EDU, resta il dovere dello Stato espellente di valutare in dettaglio se vi sia o meno il rischio reale che il richiedente asilo si veda negare, nel Paese terzo, l'accesso a una procedura d'asilo adeguata e che possa proteggerlo/la dal *refoulement*. Se viene stabilito che le garanzie esistenti in merito sono insufficienti, l'articolo 3 implica un obbligo di non ricollocamento dei richiedenti asilo verso tale Paese terzo»^[30].

Si è detto poc'anzi che l'accezione del principio, da parte della giurisprudenza europea, è più ampia rispetto a quella derivante dalla lettera della Convenzione di Ginevra, perché guarda al rischio futuro del migrante, oltre che al patimento passato. Inoltre, la nozione di "fuggitivo" viene estesa anche al "migrante economico", nella fase di "prima accoglienza". Infatti, in risposta all'obiezione di alcuni Stati, la Corte ha chiarito che, quando si utilizza una procedura di rimozione verso un Paese terzo, senza esaminare la richiesta d'asilo nel merito, «non è possibile sapere se la persona da espellere rischi un trattamento contrario all'articolo 3 nel suo Paese di origine o sia un mero migrante economico. È solo attraverso una procedura giuridica risultante in una decisione di valore giuridico che una valutazione su questo punto può essere eseguita e può far fede». In dettaglio, «una valutazione *post-factum* che il richiedente asilo non correva nessun rischio nel suo Paese di origine non può assolvere lo Stato retrospettivamente da tale obbligo procedurale»^[31].

Resta fermo comunque il caposaldo giustificativo del principio di *non refoulement*, ossia il presupposto emergenziale che oppone il paradigma della "necessità" a quello della "regolarità", senza il quale perfino il "turista", e non solo il "migrante", avrebbe sempre e comunque il diritto d'ingresso in territorio straniero, pure in violazione delle regole dello Stato *accipiens*. A ben vedere, l'emergenza umanitaria, che fa del mero trasferimento territoriale una vera e propria "fuga", è la *condizione senza la quale non* può configurarsi un diritto soggettivo che la persona fisica può legittimamente difendere. Le Convenzioni internazionali, come si è detto, codificano solo un dovere di soccorso dello Stato, condizionato alla "sicurezza" della meta finale; ebbene, non tutti i doveri dello Stato fanno nascere diritti soggettivi della persona. Al di fuori del quadro emergenziale, non sarebbero in gioco la vita e l'incolumità della persona, ma solo l'ingresso nel territorio dello Stato; e poiché non è sostenibile un ingresso "libero" *tout court*, solo il bene superiore della vita e dell'incolumità personale può giustificare che, dal dovere convenzionale gravante sullo Stato, si tragga un diritto soggettivo della persona.

In conclusione, ci pare che la cornice di riferimento emergenziale sia alla base del principio di *non refoulement*, giacché, solo in condizioni di emergenza umanitaria, le modalità d'esercizio dei doveri incombenti sugli Stati Parte delle convenzioni internazionali incidono sulla condizione "psicofisica" e sui diritti

naturali della persona; e quando non sono in ballo i beni personali primari, è in ballo solo la “regolarità” d’ingresso, ossia una condizione non originaria della persona fisica, bensì un *quid* “derivato” dalle regole interne dello Stato *accipiens* e dunque tutt’al più una sorta di legittima aspettativa. S’intende poi che l’emergenza umanitaria può riguardare anche il singolo individuo richiedente asilo; ciò che conta realmente è la condizione di “fuggitivo”; e ovviamente la “fuga” dal pericolo di persecuzione e trattamenti degradanti non connota solo le vicende degli esodi collettivi, ma anche vicende personali.

4 - La questione della legittima difesa nel caso *Vos Thalassa*

A questa stregua, si ribadisce che risulta decisivo individuare il Paese “sicuro”, per esclusione dal novero dei Paesi “non sicuri”^[32]. In proposito, si oscilla tra due estremi, entrambi rischiosi: da un lato, l’automatismo della “sicurezza” prefigurata; dall’altro, la piena discrezionalità del Giudice del caso concreto. Il primo estremo è contraddistinto dalla pre-visione normativa, con tutti i limiti di ogni valutazione *ex ante*; il secondo postula una valutazione *ex post*, non guidata da criteri individuati *ex ante* e perciò potenzialmente “arbitraria”.

In riferimento al primo estremo, possiamo osservare che nelle relazioni internazionali tra gli Stati si assiste a una progressiva erosione dei margini di discrezionalità amministrativa e giudiziaria, giacché si tende a prestabilire un elenco preciso dei Paesi sicuri. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai vari *travel bans* di *Donald Trump* negli Stati Uniti, al sistema comune europeo di asilo, che uniforma i criteri di accoglienza degli Stati nazionali, ai decreti interministeriali vigenti in Italia, che fissano le linee guida in detta materia. Orbene, se gli interventi dei Governi nazionali mirano a stilare una lista preventiva dei Paesi sicuri, la cui rigidità impedisce il libero discernimento del Giudice, il rischio, già menzionato, è ben evidente: gli eventi (imprevedibili) di oggi possono radicalmente mutare il quadro di riferimento di ieri. L’esempio più eclatante è fornito dalla nuova situazione in Ucraina, inserita nell’elenco dei Paesi sicuri e oggi tragicamente lontana dai livelli minimi di sicurezza, per essere coinvolta in una guerra aspra, sanguinosa e, pare anche, durevole. Si potrebbe obiettare che nulla vieta di “aggiornare” di volta in volta la lista stilata dal Governo con decreto interministeriale; ma l’obiezione non ci pare decisiva, giacché, per quanti sforzi si possano fare, la rinnovata valutazione governativa potrebbe rivelarsi sempre e comunque tardiva rispetto all’evento concreto, sottoposto all’interpretazione giudiziale. Ne discende che la necessaria “flessibilità” della verifica di sicurezza mal si adatta alla rigida prefigurazione in atti di Governo o - a maggior ragione - legislativi, postulando, al contrario, il necessario ricorso al libero convincimento del Giudice.

D’altro canto, l’opzione giudiziale non può consistere nel mero arbitrio. Se così fosse, gli inconvenienti

sarebbero molteplici: a) la scelta del Giudice diverrebbe incontrollabile e perfino esente da qualsiasi valutazione critica; b) il Giudice potrebbe non tenere in alcun conto gli interessi politici nazionali e internazionali coinvolti in vicende che attengono ai rapporti tra gli Stati. Si converrà che la “ragion di Stato” e gli interessi politici ad essa sottesi non possono essere del tutto esclusi ed elusi nel loro territorio elettivo per eccellenza, ossia quello delle relazioni tra Enti sovrani, i quali sono detti e nominati “sovrani”, proprio per il fatto di far valere i propri interessi politici. Ne discende che gli atti delle Autorità politiche (legislativi, di Governo, nazionali e sovranazionali), nei quali sono sussunti superiori interessi politici, non possono lasciare indifferente il Giudice del caso concreto. Solo osservando alcuni criteri vincolanti, la sua indispensabile discrezionalità non diviene arbitrio e dunque il suo convincimento, libero ma vincolato, deve tener conto, non solo della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, ma anche delle linee guida desumibili dagli atti delle Autorità politiche.

In proposito, viene in rilievo il nuovo art. 2-*bis* del d. lgs n. 25 del 2008, intitolato “Paesi di origine sicuri”^[33]. Il decreto interministeriale indicato nel primo comma emanato il 4 ottobre 2019 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 7 ottobre 2019^[34] indica i Paesi che sono considerati al momento sicuri: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina^[35]. Come appena detto, in tale atto di governo si può ravvisare il più eclatante esempio dell’inevitabile fallibilità di qualsivoglia pre-visione *ex ante*, per il continuo divenire della storia e conseguente impossibilità di “cristallizzare” la situazione di oggi sulla base di quella di ieri; infatti l’Ucraina di oggi è ben diversa da quella di ieri, ritenuta “sicura”. L’elenco può ritenersi comunque un indice, ancorché non del tutto preciso e, come detto, “fallibile”, della reale situazione di sicurezza, rilevante ai fini della procedura di asilo”^[36].

Una controprova dell’incerta capacità indicativa dei criteri politici, “cristallizzati” in atti valutativi *ex ante*, può ravvisarsi nella nota vicenda *Vos Thalassa*^[37]. La Corte di cassazione, con sentenza n. 15869, del 16 dicembre 2021^[38], annullando la sentenza della Corte di Appello di Palermo^[39], ha ritenuto sussistente la legittima difesa degli imputati, diretta a impedire il respingimento dei naufraghi (salvati dalla Guardia costiera italiana in un tratto di mare di competenza dell’Autorità libica, ai sensi del Trattato SAR) in territorio libico. La Suprema Corte ha ritenuto che sussistesse, nel caso in esame, il diritto soggettivo al *non refoulement* in un Paese non sicuro (con ciò escludendo, ovviamente, la Libia dal novero dei Paesi sicuri)^[40].

Non può negarsi che l’opzione giurisprudenziale contraddice pienamente l’indirizzo politico rinvenibile negli atti del Governo italiano, fra i quali in primo luogo, la stipula della Convenzione SAR. L’accordo internazionale, che ha suddiviso le zone di competenza degli Stati costieri, con onere di controllo dei natanti

e salvataggio dei naufraghi, ha ragion d'essere, in quanto si fonda sul reciproco riconoscimento degli Stati parte di attuare efficacemente le procedure concordate; con il che ovviamente si dà atto, implicitamente, della loro "sicurezza" [41]. Sarebbe infatti contraddittorio affidare le procedure di salvataggio alle Autorità nazionali riconosciute competenti in base al Trattato SAR e poi disconoscerne del tutto le indicazioni di salvataggio. Sarebbe come dire che si affida "l'agnello alle cure del lupo". Eppure, nel caso di specie, è avvenuto ciò: le Autorità libiche competenti hanno indicato la Libia come luogo di approdo sicuro, ma, a seguito della ribellione dei naufraghi, l'unità di soccorso italiana è stata costretta a invertire la rotta e la Suprema Corte ha riconosciuto il loro diritto (legittimamente difeso) al *non refoulement* in territorio libico. Insomma, l'opzione giurisprudenziale, che ha dichiarato non sicuro il territorio libico, si è contrapposta all'opzione politica, consistente nel riconoscimento alle Autorità libiche della competenza ad attuare e dirigere le procedure di salvataggio nel tratto di mare affidato alle loro cure, che si risolve nell'implicito riconoscimento di sicurezza della "sovranità libica" contenuto nella Convenzione SAR.

Ebbene, in questa contrapposizione, riteniamo più fondate le ragioni del Giudice, rispetto a quelle "cristallizzate" *ex ante* in atti di Governo. Invero, non pare che in Libia siano garantite ai migranti condizioni di sicurezza minimamente compatibili con gli *standard* fissati dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo. Il reingresso in territorio libico dei naufraghi li avrebbe sicuramente esposti alle ritorsioni dei vecchi o alle condizioni capestro di nuovi trafficanti di uomini, c.d. "scafisti", senza scrupoli. E non è un mistero che in quel territorio è in corso un conflitto intestino, una sorta di guerra civile permanente, mentre imperversano bande armate di ogni risma, difficilmente catalogabili come "regolari"[42]. Non sfugge peraltro che i naufraghi provenivano proprio dalla Libia, da cui si erano risolti a fuggire affrontando un viaggio penoso e rischioso; segno che le condizioni di vita colà fossero ancora più penose e rischiose[43]. Pare proprio che il convincimento del Giudice sia fondato, mentre l'Autorità politica non ha previsto e non poteva prevedere il corso degli eventi in Libia, dopo la firma della Convenzione SAR. Le ragioni alla base di quella Convenzione sono valide, probabilmente, ancora oggi, per quanto sia mutato il quadro di riferimento della "sicurezza" in Libia; tuttavia, la banale "imprevedibilità" dei destini umani sta lì ad ammonirci sui limiti intrinseci di ogni rigida pre-determinazione e sull'ineludibile necessità del libero convincimento del Giudice, che non sia sordo ai criteri di politica criminale, ma non succube di essi, per serbarsi sempre fedele ai valori universali di giustizia.

Le connesse questioni ermeneutiche, attinenti alla legittimità della difesa, non ci sembrano particolarmente ardue, una volta che sia stato riconosciuto, come bene ha fatto la Corte di cassazione, il diritto soggettivo al *non refoulement*[44]. Innanzitutto, che si tratti di diritto soggettivo e non di mera "aspettativa" discende come si è detto dalla natura della "sicurezza/non sicurezza" in questione. Quando è in gioco il bene della vita e

dell'incolumità personale, ogni singola persona, titolare di quei beni, per diritto naturale, li può legittimamente difendere. Ne discende che è titolare anche del diritto strumentale (al *non refoulement* in un luogo non sicuro), alla protezione dei beni fondamentali della vita e dell'incolumità fisica.

Con ciò viene meno qualsiasi questione sul requisito dell'attualità del pericolo a fondamento della legittima difesa[45]. Il diritto che i naufraghi hanno difeso in via diretta non era quello finale alla vita e all'incolumità fisica, bensì quello indiretto e strumentale al non-respingimento in un luogo insicuro[46]. Ebbene il pericolo del respingimento era attuale e immediato, mentre poteva ritenersi differito il pericolo ulteriore riguardante i beni finali (vita e incolumità), che sarebbero stati messi in pericolo solo successivamente, dopo l'approdo in Libia. Dunque, la Suprema Corte, riconoscendo il diritto soggettivo dei naufraghi al *non refoulement*, non poteva che riconoscere, per necessaria conseguenza, la legittimità della difesa di tale diritto e la proporzione difensiva.

Viene meno altresì la questione relativa alla "libera" scelta dei naufraghi, che avrebbero volontariamente cagionato la condizione di pericolo[47]. Seppure si volesse ipotizzare che i "manovratori" dell'imbarcazione confidassero nel "previsto" salvataggio ad opera della motovedetta italiana[48], non si potrebbe comunque pensare che gli imbarcati fossero complici di quel traffico disumano. Si deve supporre invece che ne fossero le vittime involontarie e nient'affatto consenzienti[49], costrette dalla necessità di sfuggire a pericoli ancora maggiori nei loro territori di origine e anche nell'infido e malsicuro territorio libico.

A margine, ci preme sottolineare ulteriormente che al di fuori del quadro emergenziale, qualsiasi disputa sul diritto al *non refoulement* perde ogni ragion d'essere e ad essa si sostituiscono le questioni attinenti alla regolarità d'ingresso. La condizione emergenziale di "rifugiato" o "fuggitivo" richiedente asilo innesca la questione successiva della traduzione in luogo sicuro; se manca il presupposto della "fuga", il "rifugiato-fuggitivo" non può ritenersi tale e la questione attiene alla "regolarità" d'ingresso. Sicché, dal punto di vista logico, prim'ancora di porsi la questione del diritto al *non refoulement*, bisogna chiedersi se sussista o meno la "fuga emergenziale". Nel caso *Vos Thalassa* la "fuga", ossia la non volontaria causazione della situazione di pericolo, da parte dei naufraghi, non solo corrispondeva alla realtà dei fatti storici, ma era anche implicitamente presupposta dalla stessa "materia del contendere" che verteva sul diritto al *non refoulement*. Infatti, compito del Giudice è quello, in primo luogo, di definire i confini della controversia; se il diritto controverso, riconosciuto in giudizio, è quello al non respingimento (in un luogo "non sicuro"), segno è che il presupposto "emergenziale" della "fuga" è stato già accertato e la "fuga" è tale, proprio perché non volontariamente causata.

[1] In questo senso Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 4/2022, p. 43 ss.. Sul presupposto dei diritti fondamentali dei migranti, l'Autore evidenzia gli effetti distorsivi dell'adozione, ad opera del legislatore, del "controllo dei flussi".

[2] In argomento, tra gli altri, cfr. Marchegiani, *Il principio di non - refoulement ai tempi del covid-19*, in *Dir., Imm. Citt.*, 3/2021, p. 28 ss; Ippolito, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020; Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 24 giugno 2019; Bolognese, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di "Stato terzo sicuro" nel parere dell'assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in www.questionegiustizia.it, 3 ottobre 2018; Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016; Lenzerini, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2012, p. 721 ss.; Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. umani e diritto internazionale*, 4/2010, p. 487 ss.; Benvenuti, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in Pineschi, (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 167.

[3] Non a caso, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, i criteri del non-respingimento nei Paesi non-sicuri tengono conto delle procedure ivi vigenti per la concessione del diritto di asilo.

[4] La centralità della questione attinente alla "sicurezza" del Paese terzo (verso il quale si opera l'eventuale respingimento) e l' "opinabilità" politica (in senso lato) della "materia del contendere" emergono, anche per via dell'evidente connessione con l'orientamento governativo sul diritto di asilo; ne è testimonianza la difformità di vedute in seno agli organi di Governo francese, in ordine alla compatibilità tra il diritto di asilo costituzionalmente garantito e la direttiva "procedure" della UE; sul punto Bolognese, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di "Stato terzo sicuro" nel parere dell'assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in www.questionegiustizia.it, 3 ottobre 2018.

[5] Cfr. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2019, p. 507 ss.; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3/2017, p. 1 ss.; Rizzo, *Sicurezza della vita umana in mare*, in *Riv. Dir. Eco. Tra. Amb.*, Vol. IX, 2011, p. 395 ss.

[6] Vengono in rilievo, in primo luogo, le norme convenzionali che regolano l'obbligo di soccorso in mare, a cominciare dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare UNCLOS (*United Nations Convention on the law of the sea*), la quale venne aperta alla firma a Montego Bay il 10 dicembre 1982 ed entrò in vigore in Italia il 16 novembre 1994 e fu ratificata con la L. 2 dicembre 1994, n. 689. L'art. 98, comma 1, della Convenzione UNCLOS prevede che il comandante della nave deve prestare soccorso «a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita quanto più velocemente possibile», nei limiti della ragionevolezza dell'intervento; al comma secondo, invece, è stabilito che ogni Stato costiero è tenuto a «promuovere l'istituzione, l'attivazione e il mantenimento di un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso relativo alla sicurezza in mare e, ove le circostanze lo richiedano, di cooperare a questo scopo attraverso accordi regionali con gli Stati limitrofi». Quanto enunciato dalla Convenzione UNCLOS costituisce un'esplicazione di due accordi internazionali, tutt'oggi in vigore, elaborati a suo tempo dalla IMO, (*International Maritime Organization*), ossia la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS (*Safety of Life at Sea*), aperta alla firma a Londra il 1 novembre 1974, entrata in vigore il 25 maggio 1980, ratificata con L. 23 maggio 1980, n. 313 e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, SAR (*Search and Rescue*), aperta alla firma ad Amburgo il 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985, ratificata con L. 3 aprile 1989, n. 147.

[7] La connessione tra il "soccorso" e il "non refoulement" emerge chiaramente in Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit. p. 507 ss.; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit. 1 ss.

[8] *Convention of 28 October, 1933 relating to the International Status of Refugees League of Nations, Treaty Series Vol. CLIX No. 3663*

[9] I termini del principio risultano sanciti in alcuni strumenti convenzionali e atti di *soft law* antecedenti al XX secolo come ad esempio l' *Arrangement relatif au Statut Juridique des Réfugiés Russes et Armeniens*, 30 giugno 1928, *League of Nations Treaty Series*, vol. 89, p. 53, punto 7.

[10] Cfr. *International Commission of Jurists (ICJ), Transnational Injustices: National Security Transfers and International Law*, Ginevra, 2017 (www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Europe-Transnational-Injustices-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-ENG.pdf). Per una disamina del diritto internazionale sull'immigrazione, cfr. ICJ, *Migration and International Human Rights Law*, Ginevra, 2014 (seconda ed.) su www.icj.org. La prima edizione disponibile in

italiano è: *Immigrazione e normativa internazionale dei diritti umani – Raccolta di giurisprudenza e normativa internazionale*, Ginevra, 2012, consultabile su www.icj.org.

[11] La Convenzione di Ginevra del 1951, anche conosciuta, appunto, come Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, rappresenta, dal punto di vista giuridico, un trattato internazionale multilaterale delle Nazioni Unite approvato nella Conferenza di Ginevra del 28 luglio 1951. Tracce del principio di *non refoulement* si possono scorgere nel Protocollo addizionale n. 4 della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà fondamentali*, che riconosce ulteriori diritti e libertà fondamentali, rispetto a quelli già previsti e garantiti dalla Convenzione medesima, nonché dal primo Protocollo addizionale alla Convenzione, emendato dal protocollo n. 11.

[12] Il principio di *non refoulement* nasce dunque dall'obbligo degli Stati Parte della Convenzione di Ginevra, di non trasferire, in maniera diretta o indiretta, un rifugiato o un richiedente asilo in un luogo nel quale la sua vita o la sua libertà sarebbe posta in pericolo in relazione ai concetti di razza, religione o nazionalità od ancora alla sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale o a causa delle sue opinioni politiche. Il diritto della persona (del rifugiato) è un riflesso del dovere che incombe sullo Stato *accipiens*.

[13] Il principio di *non refoulement* viene oggi universalmente riconosciuto come vincolante, in base al diritto internazionale consuetudinario, per quanto non espressamente richiamato nelle Convenzioni. Sul punto si è espresso lo stesso Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, sancendo che, detto principio, così come contenuto nell'art. 33 della Convenzione del 1951 si pone a completamento del quadro dei diritti umani, ed è idoneo a soddisfare i requisiti della pratica consuetudinaria.

Sulla natura consuetudinaria e imperativa del *non refoulement*, cfr. per tutti Lenzerini, *op. cit.*, p. 725; Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement atSea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in Max Planck UNYB 12 (2008), p. 205 ss.;

[14] Tra le pronunce più significative, si confrontino Corte EDU, *Vilvarajah e al. c. Regno Unito*, ricorsi n. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, sentenza del 30 ottobre 1991; *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996; *H.L.R. c. Francia*, ricorso n. 24573/94, (GC), sentenza del 29 aprile 1997; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, ricorso n. 1948/04, sentenza dell'11 gennaio 2007; *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008; *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

[15] *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 91. Sulla valutazione della responsabilità derivante dalla violazione del principio, così prosegue la Corte: «la determinazione di tale responsabilità comporta inevitabilmente una valutazione alla stregua degli *standard* previsti dall'art. 3 delle condizioni esistenti nel Paese richiedente, seppure non si tratti di sottoporre a giudizio lo Stato di destinazione, o di determinarne una responsabilità alla stregua del diritto internazionale generale, della Convenzione o sotto qualsiasi altro profilo. Nella misura in cui una responsabilità emerga o possa emergere ai sensi della Convenzione, essa grava sullo Stato parte che estrada, per la ragione che esso ha intrapreso un'azione che ha come diretta conseguenza quella di esporre un individuo al maltrattamento vietato».

[16] Il 1° novembre 1974 a Londra venne sottoscritta da 70 Paesi la "Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare" (International Convention for the Safety of Life at Sea – SOLAS 1974), entrata in vigore sul piano internazionale il 25 maggio 1980. La SOLAS 1974 è stata resa esecutiva in Italia con la l. 23 maggio 1980, n. 313 ed è entrata in vigore per il nostro Paese l'11 settembre 1980. Per un commento della SOLAS si vedano, tra gli altri, Rizzo, *Sicurezza della vita umana in mare*, cit., p. 395 ss.; Camarda, *L'evoluzione della normativa internazionale, comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur. Ambiente*, 5/2001, p. 699 ss.; Boisson, *Safety at sea. Policies, regulations & international law*, Paris, 1999, p. 200 ss.; Grigoli, *Introduzione al nuovo volto del diritto della navigazione*, Torino, 1995, p. 241 ss.; Leanza, *La sicurezza marittima nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento italiano*, in *Nuovi saggi di diritto del mare*, Torino, 1988, p. 277 ss.;

Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1987, p. 1938 ss.;

[17] Si riporta il testo della *Regulation 33*, par. 1, dal titolo *Distress messages: obligations and procedures*: «*The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization to inform the appropriate search and rescue service accordingly*».

Analogamente l'art. 10, par. 1, della *International Convention on Salvage*, firmata il 28.4.1989, resa esecutiva in Italia con la l. 12.4.1995, n. 129, intitolato *Duty to render assistance*, sancisce: «*Every master is bound, so far as*

he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea».

[18] *Regulation 7, par. 1, SOLAS, intitolata Duty to render assistance, secondo cui «Each Contracting Government undertakes to ensure that any necessary arrangements are made for coast watching and for the rescue of persons in distress at sea round its coasts. These arrangements should include the establishment, operation and maintenance of such maritime safety facilities as are deemed practicable and necessary having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and should, so far as possible, afford adequate means of locating and rescuing such persons».*

[19] *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), firmata ad Amburgo il 27.4.1979 nell'ambito dell'International Maritime Organization (IMO), resa esecutiva in Italia con la l. 3.4.1989, n. 147, e attuata con il d.p.r. 28.4.1994, n. 662.*

[20] *La collaborazione tra l'Italia e la Libia, nell'ambito degli accordi derivanti dalla Convenzione SAR, è stata ribadita, perfezionata e ulteriormente disciplinata con il Memorandum di intesa tra Italia-Libia del 2 febbraio 2017. Cfr. nota 41.*

[21] *Par. 2.1.10 della International Convention on maritime search and rescue, 1979, prevede che «Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found.»*

[22] *Par. 1.3.2 della Resolution MSC.167(78), intitolata Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, del 20.05.2004.*

[23] *Par. 3.1.9 della Resolution MSC.167(78), intitolata Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea, del 20.05.2004, secondo cui: «Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases,*

the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable».

[24] L'individuazione del *place of safety* è divenuta una questione centrale nelle relazioni internazionali. Nel 2004 gli Stati membri dell'IMO (*International Maritime Organization*) hanno adottato degli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR volti ad implementare gli obblighi di coordinamento e di cooperazione tra gli Stati e a ridurre al minimo gli inconvenienti per la nave che presta assistenza. Si tratta di indicazioni "a maglie larghe", lungi dal predisporre un rigido elenco di Paesi sicuri. Nella *Regulation 33*, par. 1-1, SOLAS, e nel Capitolo 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR, tuttavia, si richiede agli Stati aderenti di cooperare al fine di liberare quanto prima i comandanti delle navi coinvolte nelle attività di salvataggio e di assicurare ai naufraghi il riparo in un *luogo sicuro* in tempi, per quanto possibile, ragionevoli.

Sulla problematica relativa all'individuazione del "luogo sicuro" vedi Tumminello, *Il soccorso in mare: i concetti di "porto sicuro" e "porto vicino" nel diritto internazionale*, in *Iusinitinere*, 10 agosto 2019; Casu, *Le zone Sar*, in *Iusinitinere*, 3 marzo 2019.

[25] Sulla domanda di protezione cfr. art. 33 direttiva 2013/32/UE.

[26] Sul rapporto problematico tra le clausole di esclusione previste dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e gli obblighi a tutela dei diritti fondamentali si rinvia a Pitea, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, *Dir. Imm. Citt.*, 3/2020, p. 193 ss.; Marchegiani, *Clausole di esclusione del riconoscimento dello status di rifugiato, principio di non refoulement ed incidenza delle pronunce di un tribunale penale internazionale in una recente sentenza del Consiglio di Stato francese*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 3/2019.

[27] Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15. Per un commento alla decisione, v. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23.12.2019; Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria* (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU e Parte II), in *ADiM Blog*, 12/2019; Penasa, *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020; Zirulia, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero*

nello spazio europeo? - *Riflessioni a margine di CGUE, Grande Camera, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU (FMS e FNZ) e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2020.

[28] *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 129.

[29] *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 131.

[30] *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 134.

[31] *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 137. In merito alla valutazione, la Corte EDU così si esprime: «mentre è onere del richiedente asilo di allegare le proprie circostanze individuali che non possono essere a conoscenza delle autorità nazionali, queste stesse autorità devono procedere di propria iniziativa a una valutazione aggiornata, in particolare, dell'accessibilità e del funzionamento del sistema d'asilo del Paese ricevente e delle garanzie che dia in pratica. La valutazione va condotta principalmente con riferimento ai fatti che fossero conosciuti dalle autorità nazionali al momento dell'espulsione, ma è obbligo di quelle autorità ricercare a tal fine ogni informazione rilevante che sia generalmente accessibile (...). Vi è una presunzione di conoscenza per quanto concerne carenze generali che siano ben documentate in rapporti autorevoli, in particolare quelli dell'Unhcr, del Consiglio d'Europa e dell'Ue. (...) [Lo Stato espellente] deve, come prima cosa, verificare come le autorità di quel Paese applichino in concreto la loro legislazione sull'asilo» (par. 139).

[32] In argomento Frigo, *I paesi sicuri alla prova del diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, Pitea, *La nozione di «Paese di origine sicuro» e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 3/2019, p. 627 ss.; Lenzerini, *op.cit.*, p. 733. In particolare l'A. nota come questo tema sia «assai dibattuto e di non agevole soluzione. Di fatto, sostenere che il divieto di cui si tratta non possa essere sottoposto ad alcuna deroga equivarrebbe a sostenerne la natura cogente; già di per se stessa, questa costruzione non potrebbe fare altro che sollevare delle perplessità, vista la generale cautela con cui si tende ad affrontare la tematica dello *jus cogens*».

[33] L'art. 7-bis del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "Primo decreto sicurezza e immigrazione" o "Decreto Salvini"), convertito nell'art. 1 della l. 1° dicembre 2018, n. 132, ha inserito nel d. lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 il nuovo art. 2-bis, che è articolato in cinque commi e recita: «Art. 2-bis (Paesi di origine sicuri). - 1. Con decreto

del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, è adottato l'elenco dei Paesi di origine sicuri sulla base dei criteri di cui al comma 2. L'elenco dei Paesi di origine sicuri è aggiornato periodicamente ed è notificato alla Commissione europea.

2. Uno Stato non appartenente all'Unione europea può essere considerato Paese di origine sicuro se, sulla base del suo ordinamento giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione quali definiti dall'articolo 7 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. La designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone.

3. Ai fini della valutazione di cui al comma 2 si tiene conto, tra l'altro, della misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del Paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, aperto alla firma il 19 dicembre 1966, ratificato ai sensi della legge 25 ottobre 1977, n. 881, e nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984, in particolare dei diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della predetta Convenzione europea; c) il rispetto del principio di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà.

4. La valutazione volta ad accertare che uno Stato non appartenente all'Unione europea è un Paese di origine sicuro si basa sulle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, che si avvale anche delle notizie elaborate dal centro di documentazione di cui all'articolo 5, comma 1, nonché su altre fonti di informazione, comprese in particolare quelle fornite da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti.

5. Un Paese designato di origine sicuro ai sensi del presente articolo può essere considerato Paese di origine sicuro per il richiedente solo se questi ha la cittadinanza di quel Paese o è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova».

Sul punto cfr. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, *Dir. imm. Citt.*, 1/2020, pp. 1-30; F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nel diritto italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della legge 132/2018 di conversione del c.d. "decreto sicurezza"*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2019, p. 149.

[34] Sul punto Arnone, *Il decreto interministeriale sui Paesi di origine sicuri e le sue ricadute applicative*, in *Questione Giustizia*, 3/2020.

[35] Sul punto cfr. Asgi, *Nota di commento del decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 4 ottobre 2019 sull'elenco dei Paesi di origine sicuri*, www.asgi.it, 27 novembre 2019.

[36] Il menzionato decreto interministeriale ha reso operative altre disposizioni modificative del d.lgs n. 25/2008, introdotte dallo stesso art. 7-bis dl n. 113/2018, che concernono il procedimento (amministrativo e giurisdizionale) di riconoscimento della protezione internazionale. Le più rilevanti sono le seguenti:

- il nuovo comma 2-bis dell'art. 9, secondo cui «la decisione con cui è rigettata la domanda presentata dal richiedente di cui all'articolo 2-bis, comma 5, è motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso»;
- la nuova lettera c-ter dell'art. 28, comma 1, che aggiunge un nuovo caso di esame prioritario delle domande di protezione internazionale, facendo riferimento a quelle dei richiedenti che provengono da un Paese designato di origine sicuro;
- il nuovo art. 28-bis, comma 2, lett. a, in base al quale i termini di trasmissione ed esame della domanda di protezione, rispettivamente da parte della questura e della commissione territoriale, sono raddoppiati nelle ipotesi dell'art. 28-ter, contestualmente introdotto;
- il nuovo art. 28-ter: «1. La domanda è considerata manifestamente infondata, ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettera b-bis), quando (...) il richiedente proviene da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-bis».

A cascata, l'introduzione delle disposizioni relative ai Paesi sicuri, in particolare l'attrazione dei provvedimenti di rigetto per appartenenza del richiedente a un Paese sicuro nel novero dei rigetti per manifesta infondatezza, determina ulteriori conseguenze. Ci si riferisce all'art. 35-*bis*, comma 3, d. lgs n. 25/2008, dove è stabilito che la proposizione del ricorso giurisdizionale determini la sospensione automatica dell'efficacia esecutiva del provvedimento di rigetto della domanda di asilo, ma con alcune eccezioni, tra cui l'ipotesi in cui la domanda sia stata rigettata per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. *b-bis*. Poiché tale ultima norma fa rinvio al novellato art. 28-*ter*, che comprende nella manifesta infondatezza la domanda del richiedente asilo proveniente da un Paese sicuro, le novità in materia di Paesi sicuri incidono anche sulle garanzie giurisdizionali dei richiedenti asilo; il venir meno dell'effetto sospensivo automatico lascia aperta al richiedente asilo la sola strada dell'istanza cautelare di sospensione, ai sensi dell'art. 35-*bis*, comma 4.

[37] La vicenda riguarda il soccorso di circa sessanta migranti, prestato dal rimorchiatore *Vos Thalassa* l'8 luglio 2018 al largo delle coste libiche. Il comandante del natante, battente bandiera italiana, segnalò tempestivamente l'evento s.a.r. all'*Italian Maritime Rescue Centre Coordination* (IMRCC) e provvide al salvataggio delle persone in difficoltà. Gli fu inizialmente indicato di fare rotta verso Lampedusa; successivamente fu contattato dalla Guardia Costiera Libica (GCL), che gli chiese di dirigersi a circa 15 miglia dalla costa africana, in acque internazionali, per effettuare il trasbordo dei migranti su una motovedetta libica. Dopo l'inversione della rotta, uno dei migranti tratti in salvo si rese conto del mutamento di direzione e allertò i compagni di viaggio, alcuni dei quali minacciarono e aggredirono membri dell'equipaggio, al fine di impedire il rientro in Libia.

[38] La sesta sezione della Suprema Corte, con tale sentenza, ha affermato il principio di diritto secondo cui, in presenza di tutti i presupposti previsti dall'art. 52 c.p., è scriminata la condotta di resistenza a pubblico ufficiale da parte del migrante che, soccorso in alto mare e facendo valere il diritto al non respingimento verso un luogo non sicuro, si opponga alla riconsegna allo stato libico. Per un commento alla sentenza cfr. Cardanobile, *Principio di non respingimento e stato di necessità dei naufraghi*, in www.diritto.it, 4 luglio 2022, p.8; Faillaci, *Caso 'Vos Thalassa': configurabile la legittima difesa a favore dei migranti che si oppongono alla riconsegna alla Libia*, in *NJus.it*, 26 aprile 2022, p. 1; Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, cit., p. 3.

[39] Corte d'Appello di Palermo, sez. IV pen., sentenza del 3 giugno 2020, n. 1525; sul punto Natale, *Caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*, in *Questione Giustizia*, 23 luglio 2020. La sentenza è stata commentata con accenti molto critici da Cancellaro, *Caso Vos Thalassa: una discutibile pronuncia della Corte d'Appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement*, in *ADiM Blog*, Università della Tuscia,

agosto 2020, pp. 1-9; Masera, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una sentenza che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sist. pen.*, 21 luglio 2020, pp. 1-13; Sabella, *Il caso Vos Thalassa: il 'carosello' delle scriminanti in un apparente conflitto fra legge penale e principio di non-refoulement*, in www.giustiziainsieme.it, 15 ottobre 2020, pp. 1-31.

[40] Annullando la sentenza d'appello, il Supremo Collegio ha reso esecutiva la sentenza di primo grado. La pronuncia del GIP presso Tribunale di Trapani del 23 maggio 2019 (con verdetto assolutorio), riformata in appello, era stata commentata da Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, cit., p. 210. L'Autrice evidenzia un mutamento giurisprudenziale, nel senso che «fino ad oggi gli interpreti avevano fatto leva prevalentemente sull'art. 54 c.p.», mentre «le decisioni citate cambiano prospettiva ed applicano le cause di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), con importanti ricadute sulla qualificazione delle condotte dei soggetti coinvolti e sul regime giuridico ad esse applicabile».

[41] Al riconoscimento di cui alla Convenzione SAR del 1979, si deve aggiungere la recente stipula del Memorandum Italia-Libia del 2017, denominato *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana. Già la denominazione rende palese che l'Italia riconosce nella Libia un partner affidabile nel programma di sicurezza riguardante la navigazione nel mar Mediterraneo (nelle zone di rispettiva competenza). Più in generale, sulla prassi di gestire i flussi migratori attraverso la conclusione di accordi informali che tendono ad esternalizzare il controllo frontaliero verso Paesi terzi cfr. Zambrano, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2019, p. 119 ss. ; De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 1/2018, p. 5 ss.*

[42] Le disumane condizioni di vita cui i migranti sono costretti sul territorio libico risultano ormai documentate da numerose ed autorevoli fonti, tra le quali cfr. *Council of Europe. Commissioner for Human Rights, Recommendation: Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, June 2019, p. 43 ss.; UNHCR, *Position on Returns to Lybia - Update II, September 2018*, p. 14 ss.; *Amnesty International, Between the Devil and the Deep blue sea. Europa fails refugees and migrants in the central Mediterranean*, August 2018, p. 17 ss. Numerose conferme si traggono, poi, anche da alcune recenti

pronunce giurisdizionali, tra le quali cfr. Corte d'assise di Milano, sent. 10.10.2017 (dep. 1.12.2017), con nota di Bernardi, *Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, p. 207 ss.; Corte d'Assise di Agrigento, sent. 12.6.2018 (dep. 22.6.2019), n. 1.

[43] Se così non fosse non avrebbe ragion d'essere il recente appello di *Amnesty International*, così formulato: «Sono passati 5 anni dalla firma del *memorandum* di intesa tra Italia e Libia il 2 febbraio del 2017. Per tutto questo tempo abbiamo continuato a documentare violazioni dei diritti umani e abusi ai danni di migranti e rifugiati, tra cui uccisioni illegali, torture e altri maltrattamenti, stupro e altre violenze sessuali, detenzione arbitraria a tempo indefinito in condizioni crudeli e inumane e lavoro forzato. Nonostante questo, l'Italia continua a fornire supporto materiale e perseguire politiche migratorie che permettono ai guardacoste libici di intercettare uomini, donne e bambini che cercano di scappare alla ricerca di salvezza attraversando il mar Mediterraneo e ne consentono il ritorno forzato in Libia, dove vengono sottoposti a detenzione illegittima e abusi di ogni tipo (...). Il **Memorandum d'Intesa tra Italia e Libia scadrà nel febbraio 2023 ma sarà rinnovato automaticamente per altri tre anni** se le autorità italiane non lo annulleranno entro il 2 novembre 2022. *Amnesty International Italia* continua a sollecitare il governo a sospendere e non rinnovare l'accordo, oltre che a chiedere al parlamento di avviare le opportune iniziative nei confronti del governo».

[44] La suprema Corte ha riaffermato l'orientamento precedentemente espresso nel caso *Sea Watch*. Sul punto Zirulia, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sist. pen.*, 24 febbraio 2020; Oddi, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso "Sea Watch 3" (Carola Rackete)*, in *Dir. pen. e uomo*, 7-8/2019, p. 31 ss.

[45] Sui presupposti dell'attualità del pericolo nella legittima difesa si rimanda, nella manualistica, a Marinucci – Dolcini – Gatta, *Manuale di diritto penale*, 2020, p. 320 ss.; Palazzo, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2021, p. 366 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8^a ed., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 302; Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Milano, Cedam, 2017, p. 251; Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 201 ss.; Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 5 ss.

Più in generale sull'irrilevanza penale del fatto cfr. fra tutti Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in De Francesco – Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, p. 101 ss.; Ronco, *L'irrilevanza penale del fatto. Verso la depenalizzazione per mano del giudice*, in *Crit. Dir.*, 4/1998, p. 274 ss.

[46] A commento della sentenza della Corte di Appello di Palermo, Sabella, *op. cit.*, 20-21, ritiene difficilmente configurabile la legittima difesa, perché l'attualità del pericolo sussisterebbe al momento del controllo delle Autorità libiche. A nostro avviso, in quel momento si concretizza (in ipotesi) il respingimento, ossia il fatto, non già il pericolo di respingimento. In quel momento (ipotetico), la "non-sicurezza" del Paese terzo fa sì che sorga un ulteriore pericolo avente ad oggetto la persona fisica, mentre il pericolo avente ad oggetto il diritto al *non refoulement* è già sorto e divenuto attuale ancor prima della (eventuale) consegna alle Autorità libiche.

[47] La sentenza della Corte d'Appello aveva escluso l'operatività della scriminante sulla base di quell'orientamento giurisprudenziale – criticato dalla dottrina prevalente (per una compiuta ricostruzione cfr. Viganò, *Art. 52 c.p.*, in *Codice penale commentato*, E. Dolcini e G.L. Gatta, (a cura di), IV ed., 2015, 924 ss.) – che estende anche alla legittima difesa il requisito della involontaria causazione del pericolo, espressamente previsto dal codice penale (solo) per lo stato di necessità (art. 54 c.p.). Nell'interpretazione della Corte, i migranti che si trovavano sull'imbarcazione soccorsa dalla *Vos Thalassa*, si sarebbero posti volontariamente in una situazione di pericolo, riconducibile alla scelta di imbarcarsi su un natante inadatto alla traversata; sul punto Cancellaro, *op. cit.*, p. 5. La Corte di Cassazione ha annullato la sentenza, riconoscendo la non volontaria causazione della situazione di pericolo.

[48] L'ipotesi è formulata da Musarò - Parmiggiani, *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell'immagine nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell'informazione*, 1/2018, p. 87 ss.

[49] Non a caso la giurisprudenza della Corte EDU sul principio di *non refoulement* si innesta in una casistica di "criminalità migratoria", in cui non sussiste affatto il libero consenso delle parti contrattuali. Cfr. *Affaire Drozd et Janousek c. France et Espagne, requête*, ricorso n. 12747/87, sent. del 26 giugno 1992; *Affaire Loizidou c. Turquie, requête*, ricorso n. 15318/89, sent. del 23 marzo 1995; *Chahal c. Regno Unito*, sent. del 15 novembre 1996; *Soering c. Regno Unito*, sent. del 7 luglio 1989; *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008; *Hussun e altri c. Italia*, ricorsi n. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05, sent. del 19 gennaio 2010; *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23 febbraio 2012, par. 113. Sul punto, in dottrina, cfr. Militello, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018.