



Diritti Umani

Il fenomeno (im)migratorio e le sfide per l'ordinamento giuridico

di Domenico Gaspare Carbonari

23 gennaio 2023

Sommario: 1. Premessa: la difficile regolamentazione di un fenomeno umano (oltre che criminale) complesso – 2. La disciplina normativa internazionale – 2.1. Prima fase: soccorso e recupero dei naufraghi. La delimitazione delle zone SAR – 2.2. Gli interventi nelle zone SAR: problemi di coordinamento tra i natanti privati e lo Stato – 2.3. Seconda fase: indicazione del POS e avvio delle operazioni di sbarco – 3. Normativa italiana: il T.U. Immigrazione e fonti normative secondarie – 4. Ultimi sviluppi in materia di sbarchi: i decreti interministeriali di divieto di sbarco

1. Premessa: la difficile regolamentazione di un fenomeno umano (oltre che criminale) complesso

L'impatto del fenomeno migratorio ha posto la disciplina generale sull'immigrazione al c.d. *stress test*, che ne impone una valutazione in termini di coerenza e di efficacia. E' pacifica la tendenza legislativa e amministrativa a restringere il campo delle esigenze di tutela, allorquando si verificano situazioni emergenziali o, quantomeno, ritenute tali.

L'approccio disarmonico adottato dall'ordinamento è, in realtà, la conseguenza di un'analisi in chiave prettamente emergenziale del fenomeno migratorio, che sembra quasi giustificare, in modo paradossale, gli interventi disorganici dell'ultimo periodo. La disciplina sugli sbarchi e sul controllo delle partenze ne è un chiaro esempio, perché incentrata sulla stipula di accordi internazionali con i paesi africani rivieraschi, tra questi la Libia, e sulla deroga amministrativa alle regole di assegnazione del c.d. *place of safety* (d'ora in poi POS), in evidente contrasto con le convenzioni internazionali.

Il sistema del diritto vigente e il contesto storico-sociale non sono sufficienti a conformare la volontà legislativa ad un determinato risultato, perché è necessario considerare e fronteggiare un fenomeno nella prospettiva della sua futura stabilizzazione^[1]. Tuttavia, se difetta questa stabilità, il legislatore dovrebbe quantomeno abbandonare il criterio dell'emergenza e definire un assetto normativo flessibile, fondato su principi e regole generali ricavabili dal diritto internazionale generale e pattizio, oltre che dai principi elaborati dalla giurisprudenza, sia nazionale che internazionale.

2. La disciplina normativa internazionale

Il tema delle ricerche e del soccorso in mare è stato oggetto di diversi interventi della comunità internazionale, al fine di disciplinare – in certa misura limitare – l'ambito di discrezionalità degli Stati^[2]. Il risultato di tali sforzi dovrebbe essere l'armonizzazione delle prassi dei singoli Stati, tenuti all'adempimento degli obblighi primari cogenti in relazione alla tutela dei diritti fondamentali degli individui^[3].

La rilevanza dei diritti, e in particolare la salvaguardia della vita in mare, è il presupposto teleologico di ogni intervento di soccorso in mare, a tal punto che le Convenzioni impongono agli Stati di intervenire anche nel caso di incidenti che si verificano «*al di fuori della proprio regione (SAR) fino a quando l'RCC responsabile della regione o un altro RCC in una posizione migliore intervenga a gestire il caso*»^[4]. La tutela dei diritti fondamentali assurge, quindi, a parametro necessario dell'azione di soccorso in mare, anche in una zona *Search and rescue* (da ora in poi SAR) rientrante nella competenza di altro Stato.

Non è un caso, infatti, che il legislatore internazionale ha avvertito l'esigenza di specificare, in seno alla Convenzione SAR^[5], che l'assistenza a chi è in pericolo in mare prescinde dalla nazionalità o dallo statuto della persona e, ancora, delle circostanze in cui si è trovata^[6]. In altri

termini, il sistema del soccorso in mare è informato all'esigenza di tutelare la persona fisica, statuendo obblighi che assurgono a principi generali non derogabili da norme nazionali finalizzate al contrasto dell'immigrazione irregolare e/o alla repressione del traffico o della tratta di esseri umani.

La stessa direzione finalistica è impressa dalla definizione di "soccorso" fornita dalla Convenzione SAR[7], intesa come *"un'operazione per recuperare persone in pericolo, per provvedere alle loro prime necessità mediche o di altro tipo e portarle in un luogo sicuro"*. In particolare, gli Stati devono garantire, specie se in supporto dei natanti privati, che i *"sopravvissuti assistiti siano sbarcati dalla nave che li ha assistiti e condotti in luogo sicuro"*.

Dalla formulazione normativa se ne inferisce che le operazioni di soccorso hanno una struttura unitaria, senza che si possa distinguere la fase del salvataggio da quella dello sbarco presso un luogo sicuro[8]. L'esigenza di tutela dei diritti fondamentali spiega anche il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale *«l'obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione internazionale Sar di Amburgo non si esaurisce nell'atto di sottrarre ai naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (c.d. place of safety)»*[9].

Pertanto, i principi che informano il diritto internazionale del mare possono essere considerati, ad un tempo, regole operative e parametri di legittimità rispetto alle normative nazionali che prevedano, animate dall'esigenza di tutelare la sovranità statale, norme derogatorie eccezionali rispetto ai suddetti obblighi di intervento. Nell'ordinamento giuridico italiano, in particolare, le regole del diritto del mare assurgono a principi generali, di rango superiore alla legge, in virtù del combinato disposto degli artt. 10, 11 e 117 Cost.: le fonti subordinate alla Costituzione o alla legge primaria non condizionano la cogenza di queste regole[10].

Per una agevole comprensione del quadro normativo, reso complesso dalla quantità delle fonti, è opportuno scindere, idealmente, l'unitaria operazione di soccorso in mare in più fasi: 1) soccorso e recupero dei naufraghi; 2) consegna in luogo sicuro e sbarco dei sopravvissuti da una nave; 3) accoglienza e avvio delle fasi di identificazione. Quest'ultima fase attiene, in particolare, al momento successivo della collocazione dei migranti nei centri di accoglienza o negli *hotspots*.

2.1. Prima fase: soccorso e recupero dei naufraghi. La delimitazione delle zone SAR

Il primo intervento in mare non pone particolari questioni interpretative.

Una volta ricevuta la richiesta di soccorso, le imbarcazioni degli Stati rivieraschi o i natanti privati hanno l'obbligo di prestare soccorso alle persone in pericolo. L'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (d'ora in poi Convenzione UNCLOS[11]), rubricato "obbligo di prestare soccorso", statuisce che gli Stati parte devono *"esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa"*.

La Convenzione delinea, dunque, un obbligo positivo di tipo verticale e, al contempo, orizzontale. Nel primo senso, gli effetti si producono sul singolo Stato e si riverberano a cascata sul comandante del natante battente bandiera dello Stato interessato. In particolare, le autorità nazionali hanno il dovere di vigilare sullo svolgimento delle operazioni di soccorso e recupero, specie se poste in essere da soggetti privati[12].

Il suddetto obbligo ha anche carattere orizzontale e grava sul singolo comandante, il quale è tenuto ad intervenire quando, secondo ragionevolezza, l'intervento non mette a *"repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri"* o, comunque, quando la nave si trovi *"nella posizione di essere in grado di prestare assistenza"*[13].

La posizione del comandante della nave e degli Stati è stata consolidata, altresì, dagli emendamenti apposti dall'IMO, che all'obbligo di intervento del primo ha accompagnato il dovere di cooperazione in capo ai secondi. Ed infatti, gli Stati devono sollevare, nel minor tempo possibile, i privati dai relativi oneri e garantire ai soggetti soccorsi di essere trasferiti in luogo sicuro.

Il meccanismo di soccorso e salvataggio opera automaticamente quando i soccorsi vengono attivati nell'ambito delle acque territoriali dello Stato. Tuttavia, già dalla fine degli anni '70 si è rilevato che la sovranità territoriale lasciava scoperti gli incidenti che si verificavano nelle acque internazionali. Per tal motivo, la comunità internazionale ha previsto che ogni Stato stabilisca, in accordo con gli Stati confinanti, le rispettive zone di ricerca e di salvataggio (cc.dd. SAR)[14], la cui ampiezza prescinde dai confini territoriali delineati.

2.2. Gli interventi nelle zone SAR: problemi di coordinamento tra i natanti privati e lo Stato

Con la previsione delle zone SAR, il legislatore internazionale ha, ulteriormente, specificato il quadro degli obblighi dello Stato, perché tenuto al coordinamento delle operazioni di soccorso nella stessa zona[15]. Il criterio operativo impiegato consente, da un lato, la celere individuazione di un luogo sicuro *“entro un termine ragionevole”* e, dall'altro, la proficua cooperazione tra gli Stati confinanti.

Entro la propria zona SAR, gli Stati godono di flessibilità nell'adozione delle misure concrete per fronteggiare il pericolo, anche al fine di *“assicurare che i comandanti delle navi che forniscono assistenza siano sollevati dalle loro responsabilità all'interno di un tempo ragionevole e con il minor impatto possibile sulla nave”*[16].

Ulteriore criticità verificatasi nella prassi riguardava i casi in cui le autorità nazionali non assolvevano agli obblighi di soccorso nella propria zona SAR, talvolta a causa dell'inadeguatezza dei mezzi aereo-navali o dell'instabilità politica del Paese o, ancora, in ragione della categoria di soggetti da soccorrere. Per colmare il *vulnus* di tutela, il legislatore internazionale ha valorizzato il principio del c.d. centro di coordinamento del primo contatto, per il quale gli Stati hanno il dovere di adoperarsi per *“coprire anche incidenti al di fuori della propria regione fino a quando l'RCC responsabile della regione in cui fornita l'assistenza o un altro RRC in una posizione migliore intervenga a gestire il caso accettandone la responsabilità”*.

Tale principio assurge anche a criterio di risoluzione delle questioni di coordinamento, perché si basa sulla considerazione che l'RRC responsabile della zona SAR dovrebbe assumere il coordinamento delle operazioni con le correlate responsabilità, tra cui l'indicazione del luogo sicuro. In assenza di intervento dell'RRC competente, il primo RRC è responsabile fino a quando il secondo non ne abbia assunto il controllo.

Deve ritenersi, inoltre, che lo Stato di primo contatto non sia, necessariamente, quello di bandiera della nave ausiliatrice, bensì lo Stato cui fa capo il primo RCC contattato. Questa soluzione è sicuramente la più conforme alla *ratio* di tutela dei soggetti in pericolo in mare, cui sono informate tutte le Convenzioni e che non può subire elusioni (ciò potrebbe accadere nei casi nella prassi molto frequente in cui lo Stato di bandiera sia distante dal luogo del salvataggio)[17].

In particolare, nel caso del soccorso dei migranti nel mediterraneo centrale, va osservato che, sebbene si possa affermare un *“dovere”* di soccorso delle autorità libiche, queste non sempre vi hanno ottemperato, anche perché lo Stato non ha ratificato la Convenzione SAR. Ciò ha comportato l'assunzione di un più gravoso onere di intervento in mare da parte delle autorità

italiane e dell'UE, concretizzatosi anche nelle operazioni di soccorso collettivo *Mare Nostrum*, *Sophia*, *Triton* e *Triton plus* e, da ultimo, *Eunavformed*.

2.3. Seconda fase: indicazione del POS e avvio delle operazioni di sbarco

Avvenuto il soccorso e il salvataggio, le autorità nazionali devono indicare il POS (*place of safety*) o posto sicuro: questo ulteriore passaggio costituisce il frammento finale dell'unitaria operazione di soccorso.

Quest'ultimo pone, invero, le questioni interpretative e operative più complesse. Basti pensare al tema delle caratteristiche che il POS deve possedere o, ancora, all'indicazione del POS al natante privato che soccorre i migranti in pericolo, specie quando l'operazione viene eseguita in assenza di coordinamento delle autorità marittime dello Stato cui viene inoltrata richiesta di indicazione del posto sicuro.

Sotto il profilo teleologico, dalla Risoluzione MSC 167-78 si evince che la *ratio* dell'indicazione del POS è la garanzia che, in ogni caso, un luogo sicuro venga fornito entro un termine ragionevole, perché è solo con lo sbarco che cessa lo stato di pericolo per le persone soccorse. La richiesta deve essere rivolta, in primo luogo, al responsabile della zona SAR in cui avviene il salvataggio [\[18\]](#); nel caso di mancata risposta, il comandante della nave potrà rivolgersi ai centri di altri Stati.

Si dà atto che, talvolta, la disciplina in questione è stata applicata in modo non coerente e/o conforme ai principi del diritto internazionale del mare, come nel caso della mancata indicazione del POS ad un natante battente bandiera di uno Stato diverso per presunte ragioni organizzative o di sicurezza.

Per superare le incertezze applicative, la Risoluzione ha fornito una serie di elementi esplicativi, tra cui la stessa definizione di *place of safety* [\[19\]](#): luogo in cui “la sicurezza della vita dei sopravvissuti non è più minacciata e in cui le primarie necessità umane possono essere soddisfatte”, essendo dallo stesso “possibile organizzare il trasporto per la destinazione successiva o finale dei sopravvissuti”. La precisazione si è resa necessaria a causa della prassi dei c.d. respingimenti in mare [\[20\]](#), posti in essere dagli Stati rivieraschi verso le coste di partenza o, comunque, oltre la propria zona SAR.

La questione è tornata oggetto di dibattito con riguardo all'indicazione di un porto libico quale posto sicuro. La dottrina e la giurisprudenza [\[21\]](#) hanno unanimemente fornito una risposta negativa, perché, per un verso, dalle fonti internazionali emerge che luogo sicuro non può essere quello di partenza o provenienza dei naufraghi, specie laddove questi abbiano il timore di subire

pregiudizi. Per altro verso – come sostenuto anche dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa[22] – l'inadeguatezza dei porti libici è conseguenza delle detenzioni arbitrarie, torture, estorsioni, lavori forzati, violenze sessuali, ed altri trattamenti inumani e degradanti cui i migranti vengono continuamente sottoposti proprio in quel territorio.

Un secondo elemento chiarificatore attiene all'inadeguatezza e al carattere temporaneo della presenza sulla nave ausiliaria quale luogo sicuro: *“non deve essere considerata un luogo di sicurezza solo perché i sopravvissuti non sono più in pericolo immediato una volta a bordo della nave”*[23]. Il legislatore internazionale ha sopito ogni dubbio circa la possibilità che le autorità nazionali, nell'intento di impedire lo sbarco o in attesa di accordi di ridistribuzione dei migranti, ritengano la nave ausiliaria che ha prestato soccorso come posto sicuro ai sensi della Convenzione SAR.

Di recente, le autorità nazionali italiane hanno giustificato il divieto di sbarco anche in considerazione della (presunta) idoneità del natante e dell'equipaggio nel fronteggiare la situazione a bordo della nave, nel predisporre luoghi di accoglienza e nell'apprestare cure medico-assistenziali. E' vero che, *«in via provvisoria, fintantoché i naufraghi non siano stati sbarcati, anche la nave che presta soccorso può essere considerata un luogo sicuro»*, tuttavia la decisione statale non deve prescindere dal contesto di precarietà e dalla condizione di vulnerabilità in cui versano i migranti e dalla natura, appunto provvisoria ed emergenziale, del primo soccorso.

La Risoluzione specifica, altresì, che *“la nave che assiste o un'altra nave deve essere in grado di trasportare i sopravvissuti in un luogo di sicurezza. Tuttavia, se svolgere questa funzione fosse un disagio per la nave, gli RCC dovrebbero farlo tentando di organizzare altre alternative ragionevoli per questo scopo”*. L'impiego del termine “disagio” non è casuale, perché alle condizioni di precarietà dei migranti soccorsi si aggiunge la valutazione delle condizioni della nave che interviene.

Quanto detto si interseca con un'altra questione, priva di rilevanza, relativa alla (eventuale) sovrapposizione giuridica e terminologica tra porto sicuro e porto vicino. Ed infatti, premesso che il posto sicuro è quello in cui è possibile tutelare le situazioni giuridiche soggettive dei migranti, si osserva che non sempre può definirsi tale un porto geograficamente vicino, come nel caso dei porti libici o tunisini.

Deve osservarsi, inoltre, che la suddetta distinzione non è avallata da alcuna Convenzione in materia di soccorso in mare[24], attesa la difficoltà di conciliare i diversi fattori che influiscono sullo svolgimento dell'attività di soccorso e salvataggio, tra cui il numero di persone da salvare, le condizioni metereologiche avverse, la rotta del natante e l'impossibilità di stabilire a priori la misura della distanza giuridica o materiale. Contesto reso più incerto, secondo la dottrina, dalla situazione di quei natanti che *«non possiedono una rotta predefinita, come quelle delle ONG e i cui capitani si trovano a dover dare preminenza alla sicurezza e alla protezione dei naufraghi soccorsi in mare»*[25].

3. Normativa italiana: il T.U. Immigrazione e fonti normative secondarie

La normativa italiana è caratterizzata dalla eterogeneità delle fonti. La *sedes materiae* del soccorso e dello sbarco dei migranti si rinviene negli artt. 10 ss. T.U. Immigrazione, i quali sono informati al criterio del “fenomeno patologico”, per cui le autorità nazionali presumono l'esistenza di una condizione di irregolarità. La collocazione sistematica delle suddette disposizioni non pone alcun dubbio al riguardo: sono contenute nel Capo II relativo al controllo delle frontiere, del respingimento e dell'espulsione.

L'attenzione degli interpreti si è rivolta agli artt. 10 ter e 11 T.U. Immigrazione, il cui comma 1 ter [26] – oggi abrogato – prevedeva il potere del Ministro dell'interno di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale al ricorrere di due presupposti: a) motivi di ordine e sicurezza pubblica; b) sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Alla violazione del suddetto provvedimento conseguivano effetti amministrativi e penali, quest'ultimi ove il comandante della nave avesse violato il divieto di transito.

Il legislatore ha tentato, implicitamente, di relazionare le due disposizioni in termini di specialità, per cui il comma 1 ter avrebbe trovato applicazione nell'ipotesi in cui l'ingresso o la sosta “apparivano” contrari all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica. Questa impostazione avrebbe comportato, quindi, una sorta di abrogazione tacita dell'art. 10 ter, tutte le volte in cui ad essere soccorsi in mare fossero stati migranti e l'intervento gestito da navi battenti bandiera straniera.

Della nuova norma, la dottrina[27] ha censurato l'incompatibilità con il diritto internazionale del mare, perché il presupposto legittimante della "chiusura dei porti" veniva individuato nella presenza a bordo di immigrati irregolari. Le conseguenze erano ovvie: l'eccessiva anticipazione della repressione penale, al punto da impedire lo sbarco ai migranti soccorsi, e, quantomeno sotto il profilo sociologico, la preventiva criminalizzazione dell'operato delle ONG[28]. Si è sostenuto, inoltre, che la scelta normativa in questione avrebbe inciso, in modo notevole, sulla instaurazione e sullo svolgimento dei processi amministrativi e penali, a causa del paventato incremento dei provvedimenti ministeriali di divieto[29].

Da non escludere, altresì, i rischi derivanti dalla eventuale "de-strutturazione" del giudizio penale, causata dalla surrogazione della valutazione incidentale sulla legittimità del provvedimento amministrativo con l'obbligo del giudice penale di esprimersi sugli atti discrezionali, presupposti della fattispecie criminosa, talvolta espressione di scelte politiche o di alta amministrazione di carattere opinabile[30].

Prima dell'abrogazione avvenuta con il D.L. n. 130/2020[31], della disposizione è stata offerta un'interpretazione conforme alle norme convenzionali, nella specie leggendo in combinato disposto il citato comma 1 ter con gli artt. 18 e 19, paragrafo 2, lettera g), Convenzione UNCLOS. Le norme pattizie identificano le nozioni di "passaggio pregiudizievole" e "passaggio inoffensivo": il primo caso consiste nell'attività di *"carico o scarico di [...] persone in violazione delle leggi e dei regolamenti [...] di immigrazione vigenti nello Stato costiero"*; il secondo consente, invece, la *"fermata e l'ancoraggio, ma soltanto se questi [...] sono resi necessari da forza maggiore o da condizioni di difficoltà oppure sono finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo"*.

Il principio di sovranità consente allo Stato di regolare, in senso limitativo, l'ingresso, il transito e la sosta nelle proprie acque territoriali, salvo le ipotesi in cui fatti di forza maggiore o esigenze di soccorso alle persone impongono di fornire riparo al natante privato. Il bilanciamento tra contrapposti interessi vede, dunque, la sovranità statale cedere di fronte alla necessità della salvaguardia della vita dei migranti naufraghi, a maggior ragione se la presenza o il trasporto delle persone sulle navi deve essere temporaneo (cfr. Risoluzione MSC 167-78, punto 6.13).

Conclusione, questa, corroborata sia sotto il profilo strutturale dell'unitarietà dell'operazione di soccorso e salvataggio, che termina con lo sbarco dei naufraghi presso il POS, sia sotto il profilo soggettivo: chiunque sia stato soccorso in mare vive una condizione di vulnerabilità, che non viene meno per la sola presenza o permanenza sul natante.

L'art. 11, comma 1 ter, T.U. Immigrazione, ha inoltre sollevato dubbi di compatibilità con il principio del non respingimento (c.d. *non refoulement*), nella specie sotto forma di respingimenti collettivi[32]. Invero, nel momento in cui un provvedimento interministeriale nega l'accesso o il transito ad un porto italiano, si configurerebbe una forma di respingimento indiretto – contrario agli artt. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 della CEDU e 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 – che impedisce ai migranti di accedere alla protezione internazionale. Ed infatti, per il giudice europeo non sono legittime misure che *«possano produrre l'effetto di rinviare un richiedente asilo o un rifugiato verso le frontiere di un territorio in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate»*[33].

Le suddette argomentazioni avrebbero escluso l'applicabilità dell'abrogato comma 1 ter dell'art. 11 alle fattispecie in cui l'ingresso o la sosta nelle acque territoriali avesse riguardato una nave soccorritrice di migranti in mare, perché non è legittima una presunzione di contrarietà all'ordine pubblico o alla sicurezza. Stessa conclusione se si considerano le altre norme dell'art. 11, il cui campo applicativo coincide con le attività di potenziamento e coordinamento delle frontiere, piuttosto che con le operazioni soccorso e successiva identificazione dei migranti.

È evidente, allora, che la fase della gestione del soccorso e dello sbarco va sussunta nell'art. 10 ter, il quale dispone l'identificazione dello straniero *“giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare”*. Non solo la disposizione non crea alcuna distinzione tra navi straniere e italiane, ma individua anche gli adempimenti successivi a carico delle autorità nazionali, tra cui lo sbarco – previa concessione del POS da parte dell'autorità competente – e l'accoglienza presso centri in cui è assicurata l'informazione sulla protezione internazionale.

4. Ultimi sviluppi in materia di sbarchi: i decreti interministeriali di divieto di sbarco

Più di recente, le autorità ministeriali hanno esercitato il potere di vietare il transito o la sosta nelle acque territoriali italiane ai natanti che trasportano migranti, nell'intento – almeno così dichiarato – di non favorire le pratiche di immigrazione clandestina e contestare il fenomeno criminale del traffico di esseri umani. Tuttavia, al di là dell'obiettivo programmatico, i contenuti e le conseguenze giuridiche dei suddetti decreti hanno riproposto il tema dell'obbligo di indicazione del POS e della gestione degli sbarchi.

Nella specie, l'ingresso delle navi delle ONG nelle acque territoriali è stato consentito – seppure dopo notevoli esitazioni e contraddizioni – al fine di trovare riparo in presenza di condizioni meteorologiche avverse. Successivamente, è stato autorizzato lo sbarco dei soli minori e dei soggetti in condizioni di salute precarie, ordinando alle navi di riprendere il largo con a bordo i restanti migranti. La decisione politica è stata definita, dai primi commentatori, come una forma di *“ammissione selettiva”*, in aperto contrasto con la disciplina convenzionale e con il divieto di non respingimento collettivo.

In questa sede, è opportuno analizzare i possibili fattori di criticità dei suddetti decreti, seguendone la non corretta impostazione della scomposizione giuridica e materiale dell'operazione di soccorso e salvataggio in due momenti. Ed infatti, le autorità italiane hanno riconosciuto la possibilità di apprestare immediata assistenza ai soli vulnerabili, negando però l'indicazione del POS, sul presupposto che l'obbligo gravasse in capo alle autorità dello Stato di bandiera del natante.

Il mancato accoglimento delle richieste dei natanti privati è stato giustificato dalla circostanza che le *“operazioni in mare [sono] avvenute al di fuori dell'area SAR di responsabilità italiana, rilevando come tali operazioni siano state effettuate in mancanza di qualsivoglia istruzione e forma di coordinamento da parte della competente Autorità SAR”*. Per ciò solo, *“il transito e la sosta nel mare territoriale si configurano come pregiudizievoli per l'ordine e la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.L. 130/2020”*. La presunzione accolta dalle autorità ministeriali è distonica sia rispetto al mancato intervento delle autorità SAR di altri Stati (ad es. Malta, Libia o Tunisia) sia all'impossibilità di chiedere l'intervento delle autorità di paesi (ad esempio Libia) in cui le precarie condizioni geo-politiche e/o la complessiva instabilità politica della regione non lo consentivano.

La prima criticità si rinviene nella scelta di consentire l'accesso ai soli vulnerabili e di negarlo a coloro che non erano valutabili come tali, non assumendo così la responsabilità dello sbarco. Di contro, l'espressione *“operazioni di soccorso e salvataggio”* comprende anche l'indicazione del POS e il conseguente sbarco, per cui le autorità italiane hanno assunto, fittiziamente, la responsabilità della sola messa in sicurezza dei più fragili, rimettendo invece l'esecuzione dello sbarco dei restanti naufraghi alla competenza degli Stati della bandiera.

In secondo luogo, deve rilevarsi l'inosservanza del principio c.d. dello Stato di primo contatto. Sulla scorta delle norme convenzionali^[34], è legittimo che un natante chieda l'intervento di un RCC diverso da quello della zona SAR in cui avviene il salvataggio, con obbligo del primo di *“coprire anche incidenti al di fuori della propria regione”*. Lo Stato contattato per secondo, pur se

non ha coordinato o partecipato alle operazioni, non può esimersi dal fornire un supporto in quanto geograficamente più vicino. Concludere in senso difforme condurrebbe all'elusione del principio del centro di coordinamento di "primo contatto" e ad un vuoto di tutela delle situazioni soggettive delle persone salvate[35].

Nel momento in cui si ordina alle navi di riprendere il largo, si innesca un ulteriore momento di crisi della disciplina in questione: viene perpetrata la violazione del principio di non discriminazione e, con esso, del divieto di respingimento collettivo. Non solo si crea una disparità di trattamento tra soggetti che sono da ritenersi tutti in pericolo, ma le autorità ministeriali adottano una nozione di vulnerabilità restrittiva, inclusiva solo delle categorie dei minori e di coloro in situazioni precarie di salute. Appare più coerente considerare vulnerabili, secondo una logica rimediale, tutti coloro che sono stati salvati in mare, a prescindere dalla sussistenza di specifiche condizioni[36] (cfr. punto 6.13 Risoluzione: *"una nave ausiliaria non deve essere considerata un luogo di sicurezza solo perché i sopravvissuti non sono più in pericolo immediato una volta a bordo della nave"*).

Alla medesima conclusione si perviene considerando il combinato disposto degli artt. 1 T.U. Immigrazione (diritti degli stranieri) e 92 Convenzione UNCLOS secondo cui la nave è soggetta alla giurisdizione dello Stato della bandiera, *"salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione"*. In sintesi non può escludersi la sottoposizione alla giurisdizione dello Stato costiero del natante privato che ha soccorso in mare i migranti, atteso che solo così è possibile svolgere pienamente tutte quelle attività necessarie e funzionali alla tutela dei diritti umani.

All'opposto, ai migranti "respinti" è stata di fatto negata la possibilità di attivare la procedura della protezione internazionale. Come ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità, una nave in mare non è un luogo sicuro (o quantomeno lo è solo temporaneamente) e non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone, tra cui quello di presentare domanda di protezione internazionale, *"operazione che non può certamente essere effettuata sulla nave"*[37]. A sostegno si può dedurre il già citato art. 10 ter del T.U. Immigrazione, il quale impone alle autorità nazionali di discernere la posizione dei richiedenti asilo da coloro per i quali difettano i presupposti di legge.

Anche a voler ammettere che i migranti possano attivare la procedura di protezione internazionale a bordo della nave, si osserva però che la condotta delle autorità italiane condurrebbe, *ipso facto*, alla creazione di una nuova regola internazionale. Invero, l'art. 13 del Regolamento di Dublino III verrebbe interpretato nel senso di radicare la competenza per

l'accoglimento delle relative richieste sugli Stati di bandiera delle navi, perché queste sono considerate dal diritto internazionale "a tutti gli effetti territorio dello Stato".

Questa prassi, tuttavia, non può essere avallata, perché la Corte EDU richiede agli Stati di applicare i Regolamenti di Dublino in modo conforme alla Convenzione, risultando ingiustificato il respingimento sotto qualsiasi forma, anche c.d. indiretto[38]. Anche la Raccomandazione della Commissione europea (23 settembre 2020) ribadisce che le normative nazionali non possono alterare l'obbligo sulla ricerca e soccorso in mare, nonostante gli Stati di bandiera abbiano una responsabilità relativa al controllo dei requisiti per la registrazione della nave.

Invocare la competenza degli Stati di bandiera, nell'intento di porre sui comandanti delle navi l'onere di raggiungerne i relativi porti di attracco, contrasta con le regole generali in tema di obbligo di indicazione del POS contenute anche nella Risoluzione[39]. Può ritenersi, inoltre, concreto il rischio che gli Stati aggravino, eccessivamente, le condizioni del natante ausiliario, dovendo gli stessi organizzare in tal caso delle "alternative ragionevoli".

[1] I fattori che connotano di complessità il fenomeno migratorio sono di due tipi, rispettivamente, spaziale-temporale e sociologico. Sul punto, D. G. Carbonari, *Vulnerabilità delle donne vittima di tratta: la Cassazione riconosce lo status di rifugiato in virtù dell'appartenenza ad un gruppo sociale discriminato*, in questa rivista, 22 marzo 2022.

[2] N. Parisi, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, in R. Sicurella (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012, pp. 55 ss.

[3] In tal senso, Cass., sez. VI, del 16.12.2021, n. 15869.

[4] Linee guida contenute nella Risoluzione MSC 167-78, riportante gli emendamenti dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO) al regolamento SOLAS V/33 (Convenzione Internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974) e all'allegato alla Convenzione SAR,

paragrafo 3.1.9.

[5] Convezione di Amburgo sulla ricerca ed il soccorso marittimi del 1979, ratificata dall'Italia con legge del 3 aprile 1989, n. 147, punto 2.1.10.

[6] Si tratta di una regola generale intimamente connessa al principio di non discriminazione.

[7] Convenzione di Amburgo sulla ricerca ed il soccorso marittimo cit., paragrafi 1.3.2 e 3.1.

[8] La scissione giuridica e materiale dell'operazione di soccorso e salvataggio è una delle censure mosse al decreto interministeriale del 4 novembre 2022.

[9] Cass., III sez., del 20.02.2020, n. 6626.

[10] Allo stesso risultato si perviene in considerazione della vincolatività dei c.d. *pacta sunt servanda*, presidiati a livello costituzionale dall'art. 117 Cost.

[11] Convenzione sottoscritta a Montego Bay nel 1982, ratificata dall'Italia con legge 2 dicembre 1994, n. 689.

[12] L'art. 98, comma 2, della Convenzione UNCLOS recita che “*ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali*”.

[13] In tal senso, il Capitolo R, del regolamento 33 relativo alla Convezione Internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (Convenzione SOLAS), ratificata con legge del 23 maggio 1980, n. 131.

[14] Convenzione SAR, capitolo 2.1.5

[15] Sempre la Convenzione SAR prevede che “*qualora vengano informati che una persona è in pericolo in mare, in una zona in cui una Parte assicura il coordinamento generale delle operazioni di ricerca e di salvataggio, le autorità responsabili di detta Parte adottano immediatamente le*

misure necessarie per fornire tutta l'assistenza possibile”.

[16] Risoluzione MSC 167-78, emendamento 2.6

[17] Soluzione, questa, non condivisa da chi sostiene che, così ragionando, i comandanti delle navi delle ONG godrebbero della libertà o dell'arbitrio nella individuazione dell'autorità SAR da contattare.

[18] Per l'Italia, il *place of safety* è determinato dall'Autorità SAR in coordinamento con il Ministero dell'Interno (IMRCC).

[19] V. punto 6.12 Risoluzione MSC 167-78.

[20] I respingimenti in mare costituiscono violazione del divieto di ricondurre le persone verso luoghi nei quali la loro vita, la loro incolumità e la loro libertà sarebbero minacciate, oppure nei quali sarebbero sottoposte a pene o a trattamenti inumani o degradanti. Rilevano gli artt. 3 e 14 CEDU, art. 33 della Convenzione di Ginevra, art. 19 CDFUE, art. 19, commi 1, 1 bis e 2 d.lgs. 286/98.

[21] Di recente, il GUP del Tribunale di Napoli, con sentenza n. 1621/2021, ha sostenuto che, «*al fine di sgombrare il campo da un possibile equivoco di fondo, è necessario affermare che la Libia non poteva e non può, allora come ora, essere considerata porto sicuro*». Nello stesso senso, anche le sentenze del GUP del Tribunale di Messina, della Corte d'assise di Milano del 10 ottobre 2017 (caso Matammud), Cass., Sez. V, del 12 settembre 2019, n. 48250 e, infine, Cass., sez. III, del 16 gennaio 2020, n. 6626.

[22] V. Raccomandazione *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, del 2019.

[23] V. Risoluzione MSC 167-78, punto 6.13. Nello stesso senso, Cass., sez. VI, del 16.12.2021, n. 15869, per la quale una nave «*non può quindi essere qualificato “luogo sicuro”, per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse*».

[24] Il concetto di porto sicuro è impiegato, invece, dal diritto internazionale marittimo nel caso di collisioni tra navi, limitazioni per definire un arcipelago o le acque territoriali, porti dove ormeggiare per riparare guasti che stanno causando danni ambientali e sversamenti in mare di sostanze tossiche o per definire la “più vicina rappresentanza diplomatica dello stato di bandiera”. Deve darsi conto dell’impiego, da parte della giurisprudenza internazionale, del concetto di “minima deviazione possibile”, cui si fa ricorso nell’intento di limitare i danni economici di mercantili e armatori e ridurre il lasso di tempo in cui un’imbarcazione inadeguata si trova a navigare sovraccarica di esseri umani.

[25] F. Floris, *Porti sicuri e sbarchi incerti. I “buchi neri” del diritto internazionale del mare*, in Redattore Sociale, 3 luglio 2019.

[26] Introdotto con il decreto legge del 14 giugno 2019, n. 53, convertito in legge n. 77/2019.

[27] S. Calabria, *Respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell’art. 11 del d.lgs n. 286/1998)*, in www.questionegiustizia.it, 29 luglio 2019; A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza bis*, in www.questionegiustizia.it, 20 giugno 2019. Inoltre, il comma 1 ter sanzionava penalmente condotte già stigmatizzate dall’art. 83 del codice della navigazione. Ulteriori profili di criticità, rilevati anche dal Capo dello Stato, attenevano alla indeterminatezza relativa alla tipologia delle navi da sanzionare, al contenuto della condotta di ingresso o sosta e ai motivi della presenza di soggetti soccorsi sulle navi.

[28] Si è discusso, infatti, di elevato uso simbolico della leva penale.

[29] Incideva sulla complessità del tema anche il discrimine tra le ipotesi in cui viene adottato il provvedimento ministeriale di divieto e quelle in cui non è fisiologicamente possibile adottarlo, come nel caso dei c.d. sbarchi autonomi o fantasma.

[30] Sul punto, L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG ed il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in www.federalismi.it, del 25 marzo 2019; P. De Sena – F. De Vittori, *La minaccia italiana di bloccare gli sbarchi dei migranti e il diritto internazionale*, in Quaderni di SIDIBlog,

2017-2018.

[31] Non con poche perplessità manifestate dalla Cassazione, perché vengono riproposti alcuni aspetti problematici comuni alla precedente normativa del 2019.

[32] Tra tutti, S. Calabria, *Respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs n. 286/1998)*, cit.

[33] Il *non refoulement* è un principio di diritto internazionale consuetudinario, nonché «*norma di ius cogens: non subisce alcuna deroga ed è imperativa*». Corte EDU, Grande Camera, sentenza 26 febbraio 2008, Saadi c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, Hirsi ed altri c. Italia. Nella più recente giurisprudenza nazionale, Cass., Sez. VI, del 16.12.2021, n. 15869 e GUP del Tribunale di Napoli, con sentenza n. 1621/2021.

[34] Punto 6.7 della Risoluzione MSC 167-78.

[35] Nella specie, la mancanza di coordinamento o istruzione è stata considerata delle Autorità italiane, per ciò solo, quale violazione delle norme internazionali, in particolare dell'art. 19 Convenzione UNCLOS, perché espressione della “*intenzione reale di trasferire in Italia le persone a bordo piuttosto che assicurare loro la più tempestiva salvezza*”. Le criticità sono conseguenza anche della mancata ratifica degli emendamenti da parte dello Stato maltese.

[36] Al riguardo, la Corte EDU esprime una nozione di vulnerabilità “per categorie”. Bisogna valutare i bisogni concreti e addivenire ad una classificazione dei soggetti. Se ne inferisce che la vulnerabilità è una “nozione relazionale”, nella quale ricondurre soggetti o gruppi che si esaminano in relazione al contesto in cui si trovano. Sul tema, F.R. Partipilo, *Porti chiusi alle navi umanitarie: diritti e obblighi di Stati e capitani*, in www.sistemapenale.it, 8.11.2022.

[37] Cass., III sez., del 20.02.2020, n. 6626.

[38] In questo senso, depongono una serie di fonti internazionali che negano la responsabilità e la competenza del comandante della nave circa la determinazione dello status dei migranti. V.

Guida sul salvataggio in mare, redatta congiuntamente da IMO, UNHCR e Camera di Commercio Internazionale.

[39] C. Favilli, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in www.questionegiustizia.it, 8 novembre 2022.