

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Diritti senza confini

## L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare



di Giuseppe Cataldi

Le conclusioni dei due organi giudicanti che si sono di recente occupati della responsabilità personale dell'ex Ministro dell'Interno Salvini e, più in generale, degli obblighi dello Stato in materia di ricerca e soccorso in mare (Tribunali di Roma e di Palermo) sono diametralmente opposte. La tesi del Tribunale di Roma, per la presunta inapplicabilità alle Ong delle regole internazionali vigenti in materia di *Search and Rescue*, risulta però insostenibile

26 febbraio 2020

1. I problemi sollevati dall'introduzione del cd. "decreto sicurezza bis" [1] nel nostro ordinamento sono esemplificati, come meglio non si potrebbe, dal confronto tra due recenti decisioni in materia di attività di ricerca e soccorso in mare che risolvono in maniera diametralmente opposta la questione tanto della responsabilità personale degli indagati (in particolare del Ministro dell'Interno) quanto della responsabilità dello Stato in materia.

a) Con decreto del 21 novembre 2019 il Tribunale di Roma, collegio per i reati ministeriali, ha archiviato le accuse ipotizzate nei confronti dell'ex Ministro dell'Interno Salvini e del suo capo di gabinetto per aver negato, ad aprile

del 2019, lo sbarco in un porto italiano ai naufraghi salvati dalla nave *Alan Kurdi*, battente bandiera tedesca ed appartenente alla Ong *Sea Eye*.

Questi, sommariamente, i fatti alla base della decisione.

Il 3 aprile 2019 la nave in questione comunicava con una prima e-mail alle autorità libiche, maltesi, italiane e tedesche la presenza di un gommone in difficoltà in zona Sar libica. Successivamente, con una seconda e-mail, la nave informava gli stessi destinatari di aver concluso le operazioni di soccorso, chiedendo alla Libia e poi alla Tunisia l'indicazione del Pos. In assenza di indicazioni la nave entrava nella Sar maltese e, successivamente, in quella italiana chiedendo di attraccare a Lampedusa, anche per il peggiorare delle condizioni meteorologiche. La richiesta veniva però respinta, l'ingresso nelle acque territoriali italiane veniva interdetto alla nave, con l'affermazione, da parte delle autorità italiane, della competenza nella specie della Germania, quale Stato di bandiera, ad assumere il ruolo di controllo e coordinamento delle operazioni. La *Alan Kurdi* riprendeva il suo viaggio verso Malta, dove infine sbarcava il 13 aprile.

Per quanto riguarda la responsabilità personale degli indagati, questione della quale non ci occuperemo in questa sede se non indirettamente, il Tribunale ha escluso la ricorrenza dei reati di omissione di atti di ufficio, di abuso di ufficio e di omissione di soccorso in mare rilevando, in particolare, la mancanza del dolo intenzionale e la volontà di perseguire un pubblico interesse. Ha poi concluso nel senso che nella vicenda in questione non fosse ravvisabile alcun obbligo di assegnazione del Pos (*Place of Safety*) da parte degli indagati. Sostanzialmente la decisione del Tribunale poggia sull'affermazione secondo la quale, a differenza dei casi in cui lo Stato agisce direttamente, le navi appartenenti ad organizzazioni umanitarie “*una volta effettuato il salvataggio, scelgono in autonomia la rotta da percorrere ed il paese cui rivolgersi per l'indicazione di un Pos*”. Se ne deduce, sempre secondo la decisione, che le regole vigenti in materia di *Search and Rescue*, in particolare circa gli obblighi di attribuzione di un luogo sicuro di sbarco, non si applicherebbero alle operazioni condotte da navi che “professionalmente” si dedicano alla ricerca e al soccorso in mare. La conclusione, pertanto, sulla scorta di questa differenziazione di regime ipotizzata, è che, in assenza di regole specifiche, solo lo Stato di bandiera può dirsi obbligato ad assumersi le responsabilità conseguenti e che purtroppo, poiché nel caso di specie lo Stato di bandiera era la Germania, Paese molto lontano dal teatro delle operazioni, alla fine...nessuno è responsabile. Questa conclusione, che necessariamente comporta un'analisi degli obblighi dello Stato in materia, Sarà invece oggetto delle nostre riflessioni. Va subito rilevato, peraltro, che sul punto la Procura si era espressa in tutt'altra maniera, riconoscendo l'illegittimità nella specie della mancata assegnazione del Pos, pur non ravvisando profili di responsabilità penale nei confronti degli indagati.

b) Di tutt'altro avviso è stato invece **il Tribunale di Palermo, collegio per i reati ministeriali, che con decisione del 30 gennaio 2020 ha riconosciuto, rimettendo gli atti al Senato per l'autorizzazione a procedere**, la fondatezza delle ipotesi delittuose formulate dalla Procura a carico del Ministro dell'Interno e cioè, in particolare, il ricorrere del sequestro di persona aggravato, per aver privato della libertà personale 107 migranti giunti in prossimità delle coste di Lampedusa e alle quali fu rifiutato lo sbarco in violazione delle norme internazionali e interne in materia di soccorso in mare e di tutela dei diritti umani, nonché l'indebito rifiuto di atti d'ufficio, rinvenibili in tutte le azioni volte all'attribuzione del Pos. Da rilevare che viene affermata anche la violazione della cd. “legge Zampa”<sup>[2]</sup>, sui minori stranieri non accompagnati, nonché delle previsioni della Convenzione europea dei diritti

dell'uomo in materia di divieto di espulsioni e respingimenti collettivi. Respinta l'eccezione di "atto politico", come tale non giustiziabile, la decisione di attribuzione o meno del Pos viene configurata come atto avente natura amministrativa, "*vincolata nell'an e discrezionale nel quomodo*". Viene esclusa solo la ricorrenza, nella vicenda, del reato di abuso di ufficio.

I fatti non sono molto dissimili da quelli della vicenda oggetto della decisione del Tribunale di Roma.

La nave *Open Arms*, battente bandiera spagnola, noleggiata dalla Ong "*Pro-Activa Open Arms*", operava un salvataggio in data 1 agosto 2019 di 55 persone in zona Sar libica, fornendo immediata comunicazione mediante e-mail alle autorità libiche e ai centri di coordinamento (Rcc) italiano e maltese. Lo stesso giorno il Ministro italiano dell'Interno, con decreto emesso ai sensi dell'art. 11 del "decreto sicurezza *bis*" vietava "*l'ingresso, il transito e la sosta nel mare territoriale nazionale*". Il giorno dopo, questa volta in zona Sar maltese, l'*Open Arms* salvava altre 69 persone in pericolo. Anche questo evento veniva comunicato alle autorità italiane, oltre che a quelle maltesi (che contestavano però la localizzazione in acque maltesi dell'evento stesso) e a quelle dello Stato di bandiera, la Spagna. In particolare, una prima richiesta di Pos veniva indirizzata alle autorità italiane e maltesi. Con successivo intervento coordinato da Malta venivano salvate altre 39 persone, le sole rispetto alle quali Malta si dichiarava disponibile a favorire lo sbarco nei suoi porti. Il comandante tuttavia rifiutava questa offerta, temendo disordini a bordo motivati dall'incongruenza percepita dello sbarco delle sole persone salvate per ultime, e faceva rotta verso Lampedusa anche per il peggioramento delle condizioni meteo-marine. Nel frattempo il Presidente del Tar Lazio, sez. prima *ter*, con misura cautelare sospendeva l'efficacia del decreto che ingiungeva il divieto di ingresso nel mare territoriale. Alla nave intanto era stato consentito di portarsi a ridosso delle coste di Lampedusa per ripararsi dal maltempo, in attesa di verificare la possibilità di portarsi in Spagna, atteso che un Pos era stato offerto dalle autorità spagnole prima ad Algeciras poi alle Baleari. Il 20 agosto tuttavia, alla luce delle condizioni critiche dei passeggeri, la Procura di Agrigento disponeva lo sbarco di tutte le persone rimaste a bordo.

2. Ci sembra il caso, in via preliminare, di passare rapidamente in rassegna la cornice normativa di riferimento in materia, nazionale e internazionale, all'interno della quale il Tribunale di Roma e quello di Palermo si sono mossi.

Occorre partire innanzitutto dalla considerazione che nel momento del soccorso in mare di persone in difficoltà la loro qualifica quali "migranti" passa necessariamente in secondo piano. Ecco perché trovano applicazione innanzitutto le norme previste per tali evenienze. Innanzitutto l'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Unclos, resa esecutiva in Italia con legge 2 dicembre 1994 n. 689), che codifica un principio antichissimo di diritto consuetudinario, e cioè l'obbligo di soccorso in mare, senza alcuna indicazione o limitazione geografica, e precisando anche la necessità che lo Stato promuova "*la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso*" [3].

Più dettagliate sono poi le previsioni della Convenzione internazionale per la salvezza della vita umana in mare (Solas) del 1974, e della Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca e il salvataggio in mare, che istituisce le zone Sar (*Search and Rescue*). Queste due convenzioni furono emendate nel 2004, dopo la vicenda della nave norvegese *Tampa*, che nel 2001 aveva raccolto in mare 438 richiedenti asilo afgiani ma alla quale fu vietato dalle autorità australiane l'accesso ai porti nazionali per più di una settimana, generando una crisi diplomatica con la Norvegia, finché la situazione si sbloccò grazie alla "esternalizzazione" della gestione della questione allo Stato di Nauru, che accettò i richiedenti asilo in cambio di danaro[4]. In particolare fu la risoluzione del 20 maggio 2004 del *Maritime Safety Committee* dell'Omi (Organizzazione marittima internazionale) a chiarire che l'operazione di *Search and Rescue* si conclude solo con lo sbarco (nel più breve tempo possibile e con la minima deviazione possibile del viaggio intrapreso dalla nave soccorritrice) in un luogo sicuro delle persone soccorse, che il governo responsabile per la regione Sar in cui sono stati recuperati i sopravvissuti è tenuto ad individuare il luogo sicuro di sbarco e a fornirlo direttamente o ad accertarsi che tale luogo venga fornito da parte di altro Stato, che luogo sicuro non può considerarsi la nave che soccorre, se non per un tempo limitato, e che gli Stati costieri limitrofi, così come lo Stato di bandiera e ogni Stato in qualche misura "coinvolto" (ad esempio perché Stato nazionale della maggioranza dei membri dell'equipaggio o dei passeggeri) non possono ritenersi esentati da ogni responsabilità, soprattutto nel caso in cui il governo responsabile per la regione Sar non voglia o non sia in grado di intervenire.

In merito a quest'ultimo dato occorre sottolineare, alla luce delle decisioni in commento, che la preoccupazione è stata, soprattutto dal 2004 in poi, quella di allargare nella misura più ampia possibile i "titoli" di competenza e quindi l'ambito degli Stati potenzialmente responsabili. Le regole delle due Convenzioni Solas e Sar, e le raccomandazioni dell'Omi, fanno leva sulla collaborazione ("*il coordinamento da parte di uno Stato dell'azione di soccorso non libera gli altri Stati*", così si esprime l'Omi nelle sue raccomandazioni). E difatti è previsto che il primo centro di soccorso marittimo che venga a conoscenza di un caso di pericolo, anche se l'evento interessa l'area Sar di un altro Paese, deve adottare gli atti urgenti necessari e deve poi continuare a coordinare i soccorsi fino a che l'autorità responsabile per l'area non ne assuma il coordinamento, e che lo Stato cui appartiene il Centro di coordinamento che per primo abbia ricevuto notizia, o che abbia comunque assunto il coordinamento delle operazioni di soccorso, ha l'obbligo d'individuare un luogo sicuro sul proprio territorio dove possano terminare le operazioni di soccorso con lo sbarco dei naufraghi, sempre che non sia possibile raggiungere accordi con uno Stato eventualmente più prossimo alla zona dell'evento, indipendentemente da qualunque considerazione in merito allo status dei naufraghi.

È altrettanto evidente, tuttavia, che nel Mediterraneo centrale l'applicazione di queste regole presenta due problemi. Il primo è costituito dal fatto che Malta, dotata di una zona Sar di estensione notevole, non ha tuttavia ratificato gli emendamenti del 2004, e, in base alla considerazione dei limiti del suo territorio e dei mezzi a sua disposizione, contesta pertanto la sua competenza a dirigere le operazioni di soccorso nella sua Sar (a meno che non siano impegnate navi di bandiera maltese, ipotesi molto rara), che oltre tutto in più punti si sovrappone a quella italiana. Diversa ma non meno problematica è la questione della Sar libica. Questo Paese, peraltro ancora privo di un governo effettivo che controlli l'intero territorio, sebbene abbia dichiarato di avere assunto la responsabilità della ricerca e del soccorso nella (ampia) zona di mare a Nord delle sue coste, non ha nemmeno una centrale operativa di coordinamento delle operazioni di soccorso efficiente. Inoltre, ed è il dato più significativo, la Libia non può essere considerata, ormai per riconoscimento pressoché unanime, come luogo sicuro di sbarco dal punto di vista delle garanzie di tutela dei diritti umani fondamentali. È pacifico infatti che il luogo di sbarco si intende come "sicuro" nel momento in cui tanto la sicurezza fisica quanto il godimento dei

diritti umani non sono più in pericolo. Corollario di questo principio è che, pertanto, esiste un diritto, oltre che un obbligo, di attribuzione del *Place of Safety*, diritto di cui sono titolari le persone soccorse [5].

3. Passando alle disposizioni dell'ordinamento italiano in materia, va innanzitutto rilevato che l'Italia ha recepito gli emendamenti del 2004 alla Convenzione di Amburgo, e ha altresì adottato di recente delle "Procedure operative standard" in materia di Pos, con la Direttiva Sop 009/2105.

Come è noto, poi, con il ridimensionamento della "rotta balcanica" a seguito delle intese del 2016 degli Stati membri dell'Unione con la Turchia e della politica di chiusura dei Paesi del cd. "gruppo di Visegrad", la progressiva e conseguente "pressione" nel Mediterraneo centrale, e segnatamente sull'Italia, ha condotto ad una serie di iniziative dei governi che si sono succeduti, iniziative rivolte a contrastare l'arrivo nei porti della Penisola delle imbarcazioni con a bordo persone salvate in mare. Due le direttrici seguite, ovviamente tra di loro collegate: la "esternalizzazione" della gestione del fenomeno migratorio, cominciato in particolare mediante il "Memorandum d'intesa sui migranti" stipulato con il governo di Tripoli il 2 febbraio 2017 [6], e il "disimpegno" rispetto alle attività di *Search and Rescue*, limitando via via il coinvolgimento diretto e soprattutto scoraggiando queste operazioni da parte delle Ong, "colpevoli" di attrarre nell'ambito della giurisdizione italiana le persone soccorse. Il "primo atto" di questa fase è stata l'emanazione del cd. "Codice Minniti" del luglio 2017, che fissava una serie di paletti alle Ong, anche mediante disposizioni molto discutibili [7]. Successivamente, in perfetta armonia con i venti politici spiranti in Europa e facilitato dalla mancanza di solidarietà mostrata dai partner dell'Unione europea nella gestione degli sbarchi, il nuovo governo ha intrapreso, a partire dal mese di giugno 2018 una serie di misure rivolte alla chiusura dei porti a tutte le imbarcazioni (nel caso della nave *Diciotti* anche ad una nave militare italiana!) con a bordo migranti soccorsi in mare. Sono arrivati così i cd. "decreti sicurezza"; in particolare, per quanto ci riguarda in questa sede, il secondo, ricordato all'inizio.

La misura della chiusura dei porti non è di per sé esclusa dal diritto del mare, ricadendo i porti nell'ambito dell'esclusiva sovranità dello Stato. Non esiste nel diritto internazionale un diritto di ingresso in un porto straniero, in quanto il porto si trova nelle acque interne, e salvo accordo internazionale lo Stato costiero può scegliere di ammettere o meno una nave straniera (a differenza di quanto avviene nel mare territoriale, dove tutti gli Stati godono del cd. "diritto di passaggio inoffensivo"). L'art. 25 dell'Unclos prevede poi che lo Stato possa rifiutare l'ingresso se la nave violi la normativa nazionale in materia di immigrazione. Tuttavia, qualunque nave ha diritto di entrare in un porto qualora si trovi essa stessa in una situazione di difficoltà, o in difficoltà si trovino le persone a bordo. Si applica in questo caso la regola della forza maggiore o dello stato di necessità, già prevista e codificata, peraltro, dalla Convenzione del 1923 sul regime dei porti marittimi. Il rifiuto di accogliere in porto una nave configura in questi casi una violazione del dovere di salvaguardare la vita umana in mare, a meno che un semplice intervento (per esempio medico o di riparazione meccanica) effettuato a bordo possa essere sufficiente a far cessare lo stato di necessità, senza procedere all'ingresso nel porto. Nel caso specifico di possibili richiedenti asilo a bordo, poi, nel momento in cui la nave si trovi nelle acque interne e quindi sotto la giurisdizione dello Stato costiero, dovrà essere quest'ultimo a verificare, persona per persona, il ricorrere o meno dei requisiti, altrimenti scatta la violazione anche degli obblighi previsti dalle norme in materia di diritti umani,

in particolare l'obbligo di *non refoulement* previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sul rifugiato e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo.

Tuttavia, in piena coerenza con il “decreto sicurezza” 53/19, in quel momento in via di approvazione, il Ministero dell'Interno emanava in data 4 aprile 2019 la direttiva n. 14100/141(8), relativa alla vicenda dell'*Alan Kurdi* oggetto della decisione del Tribunale di Roma, nella quale, senza menzionare gli obblighi internazionali di cui abbiamo finora trattato, né le regole da applicare qualora ricorresse lo stato di necessità, veniva affermata nella specie in maniera categorica e incontrovertibile la competenza dello Stato di bandiera ad “*assumere uno specifico ruolo di controllo e coordinamento delle successive attività che l'assetto navale dovrà porre in essere*”, per cui “*un eventuale transito dell'imbarcazione “Alan Kurdi” nell'area marittima di competenza italiana in violazione delle disposizioni in materia di immigrazione si configurerebbe, necessariamente, quale passaggio “non inoffensivo”*”. Ciò in quanto le autorità italiane “*non hanno coordinato l'evento in esame né lo stesso è avvenuto in acque di responsabilità nazionale*”. Veniva ingiunto quindi di intimare in ogni caso alla nave il divieto di ingresso e transito nelle acque territoriali italiane. In modo analogo, come si è già detto, ma questa volta in esplicita esecuzione del dl 53/19, ormai emanato, il Ministro dell'Interno, nella vicenda dell'*Open Arms*, vietava con decreto del 1 agosto (poi sospeso dal Tar) “*l'ingresso, il transito e la sosta nel mare territoriale nazionale*” alla nave che aveva comunicato l'avvenuto soccorso in mare.

Sul diritto di passaggio inoffensivo nel mare territoriale va subito chiarito che l'ingresso di una nave che trasporta persone soccorse in adempimento dell'obbligo internazionale di salvare la vita umana in mare non può considerarsi come attività compiuta in violazione delle leggi nazionali sull'immigrazione, a condizione che l'obiettivo della nave sia semplicemente quello di far sbarcare le persone soccorse. Sul punto la giurisprudenza italiana è copiosa e pressoché unanime[8]. L'obbligo di salvare la vita umana in mare, infatti, vincola sia gli Stati (ai sensi dell'art. 98, par. 1 Unclos) sia i comandanti di navi (ai sensi del Capitolo V, reg. 33 Solas, nonché delle norme nazionali in materia, quali ad esempio l'art. 489 cod. nav.). Tale obbligo richiede al comandante di assistere le persone in pericolo e di condurle in un luogo sicuro “nel più breve tempo possibile”. In altri termini, la fattispecie del salvataggio in mare continua fino a quando il comandante non abbia fatto sbarcare le persone in luogo sicuro, e il suo ingresso nel mare territoriale e nei porti di uno Stato non può essere visto sotto luce diversa. Non si può quindi precludere il passaggio ad una nave che abbia soccorso persone in pericolo, anche al di fuori del mare territoriale, qualora questa intenda entrare al fine di perfezionare il proprio obbligo di salvare la vita umana in mare. Lo impongono le norme convenzionali sul soccorso e il salvataggio delle persone in mare già ricordate, che prevedono il coordinamento tra gli Stati coinvolti, e soprattutto non può mai aver alcun pregio l'argomento dell'inerzia o del venir meno ai loro obblighi da parte di altri Stati.

D'altra parte questa interpretazione ingiustificatamente “restrittiva”, e pertanto erronea, del diritto di passaggio inoffensivo delle autorità italiane nei due casi esaminati è quella che si rinviene nel testo del “decreto sicurezza” 53/19, all'art. 1, che inserisce nell'articolo 11 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il nuovo comma 1-ter con il quale viene disciplinato il potere di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, con l'eccezione del naviglio militare e delle navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e di sicurezza pubblica, ovvero quando le autorità nazionali (Ministro dell'Interno e Ministro dei trasporti) ritengano necessario impedire il cd. “passaggio pregiudizievole” o “non inoffensivo” di una specifica nave in relazione alla quale si possano concretizzare – limitatamente alle violazioni delle leggi in materia di immigrazione – le condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lettera g), della legge n. 689/1994, di ratifica ed

esecuzione dell'Unclos. Vengono quindi previste nel decreto sicurezza due distinte ipotesi in ordine al potere di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale: o per motivi di ordine e di sicurezza pubblica, ovvero quando il passaggio sia "pregiudizievole" o "non inoffensivo" ai sensi dell'art. 19, comma 2, lettera g) Unclos. Ma non è chiaro come si possano distinguere le due ipotesi. Il diritto di passaggio inoffensivo, codificato negli articoli 17 e ss. Unclos, consiste nel diritto di ogni Stato di poter transitare con le sue navi (private e pubbliche) attraverso il mare territoriale straniero purché tale transito sia inoffensivo, non turbi cioè "la pace, il buon ordine e la sicurezza" dello Stato costiero[9]. In altri termini, l'art. 19 Unclos già consente "per motivi di ordine e di sicurezza pubblica" di limitare o vietare il passaggio di una nave straniera. Il presupposto è che tale passaggio si presenti come inoffensivo. Di conseguenza, non si può, in linea generale, impedire il passaggio di navi che esercitano il diritto di passaggio inoffensivo, mentre si possono adottare misure necessarie a prevenire il passaggio non-inoffensivo (art. 25 Unclos). La previsione "speciale" inserita nell'articolo 11 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 non può certo attribuire poteri nuovi e ulteriori di limitazione del diritto di passaggio inoffensivo rispetto a quelli già deducibili in applicazione degli art. da 18 a 25 Unclos e che costituiscono il perimetro entro il quale lo Stato costiero può intervenire nei confronti della nave straniera. In particolare, non è ipotizzabile un diniego automatico del diritto di passaggio in via preventiva. Correttamente, nella decisione in commento, il Tribunale di Palermo afferma (a p. 37) che l'art. 11 comma 1 ter inserito nel d.lgs 286/98 non può che interpretarsi, alla luce delle norme Unclos citate, nel senso che il divieto di ingresso deve riferirsi "*ai soli casi di immigrazione illegale non connessi ad una operazione di soccorso in mare*". Giova ricordare che l'esistenza di una cornice giuridica di rango primario non cambia, evidentemente, il sistema delle fonti sovranazionali (ratificate dall'Italia) all'interno del quale tali provvedimenti si inseriscono e che sono chiamati a rispettare ai sensi degli art. 10, 11 e 117 Cost. Ciò è peraltro espressamente previsto anche dal "decreto sicurezza bis", che contiene un espresso riferimento al necessario "rispetto degli obblighi internazionali".

Va infine segnalato, sempre al fine di dar conto dell'"arsenale normativo" predisposto di recente in Italia al fine di scoraggiare in tutti i modi (in contraddizione con gli obblighi internazionali assunti ed ancora in vigore) il soccorso in mare, che un'altra direttiva dello stesso Ministero, di pochi giorni successiva (15 aprile 2019) a quella già esaminata, questa volta relativa alla nave *Mare Jonio*, battente bandiera italiana, nel disporre la vigilanza affinché la nave in questione ottemperi alle istruzioni impartite, nei considerando espressamente afferma che "*gli interventi da parte di imbarcazioni private in determinate e circoscritte aree di mare, che si risolvono nel preventivo ed intenzionale trasporto dei migranti verso le coste europee, concretizzano, anche per le attività di pubblicizzazione, una cooperazione 'mediata' che, di fatto, incentiva gli attraversamenti via mare di cittadini stranieri non in regola con il permesso di soggiorno e ne favorisce, obiettivamente l'ingresso illegale sul territorio nazionale*". Si aderisce quindi a quella idea, che fu alla base della "bocciatura" europea dell'operazione *Mare Nostrum*, ma del tutto smentita dalla prassi, secondo la quale un'efficace attività di *Search and Rescue* opera un incentivo ("effetto taxi" venne definito ai tempi di *Mare Nostrum*) alle partenze[10].

4. A differenza della decisione del Tribunale di Palermo, che si inserisce nel solco della giurisprudenza citata, attenta alla corretta osservanza degli impegni internazionali in materia, completamente disattesi dalle iniziative "securitarie" del Governo italiano, la decisione del Tribunale di Roma applica invece il "decreto sicurezza bis" nello spirito e nella lettera. Nello spirito da due diversi punti di vista, e cioè sia perché traspare un evidente pregiudizio rispetto alle attività di soccorso delle Ong, sia perché il fine ultimo è, ancora una volta, l'idea che lo

sbarco debba avvenire “dovunque tranne che in Italia”. Va infatti, a questo proposito, ricordato che con differenti argomentazioni si è di volta in volta indicato come competente in varie occasioni sempre uno Stato che non fosse l'Italia: nel già ricordato caso della nave *Mare Jonio*, battente bandiera italiana, la responsabilità prioritaria per lo sbarco, secondo le autorità italiane, non gravava sullo Stato di bandiera ma sullo Stato del porto più vicino. Inoltre fu affermato che poiché non si era nella Sar italiana, non era possibile di conseguenza che il Pos fosse individuato in un porto italiano! Viceversa la priorità dello sbarco nello Stato di bandiera della nave soccorritrice è stata già invocata dal Governo italiano in vicende che avevano coinvolto le navi *Aquarius* (bandiera Uk), *Sea Watch 3* (Paesi Bassi), *Open Arms* (Spagna). In quest'ultimo caso si parlò anche del porto più vicino (Malta), e del Paese della regione Sar (Libia), mentre nel caso del rifiuto dei porti italiani alla nave *Aquarius* si fece riferimento, in alternativa alla bandiera (Uk), alla proprietà della nave o alla nazionalità dell'Ong (Francia), o alle acque in cui al momento delle dichiarazioni ministeriali si trovava l'imbarcazione (Malta). L'applicazione invece “alla lettera” del decreto sicurezza emerge dall'affermata legittimità del divieto di ingresso nelle acque nazionali nonostante, come cercheremo di dimostrare, le norme in vigore imponessero il contrario.

Sorprende soprattutto l'adesione del Tribunale di Roma a quella “linea di pensiero”, che se può essere comprensibile a fini politici (sebbene non giustificabile a parere di chi scrive), non è tale se portata a fondamento di una decisione in giudizio. Ci riferiamo all'inversione logica e fattuale della situazione e delle competenze in materia di *Search and Rescue* rappresentata dall'affermazione, nella decisione, secondo la quale, a differenza dei casi in cui lo Stato agisce direttamente, le navi appartenenti ad organizzazioni umanitarie “una volta effettuato il salvataggio, scelgono in autonomia la rotta da percorrere ed il paese cui rivolgersi per l'indicazione di un Pos”. Occorre a tal proposito ricordare quanto già detto, e cioè che gli obblighi internazionali menzionati, in particolare l'art. 98 Unclos, impegnano gli Stati ad effettuare direttamente le attività di ricerca e soccorso, a tal fine promuovendo “la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea”. Nella proposta di risoluzione presentata il 21 ottobre 2019 al Parlamento europeo dalla *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs “on Search and Rescue in the Mediterranean”*<sup>[11]</sup>, e respinta con 290 voti contrari, 288 a favore e 36 astensioni, si sottolinea che le Ong che salvano migranti sono state candidate nel 2018 al Premio *Sakharov*, che dopo l'operazione italiana *Mare Nostrum* (cessata il 31 ottobre 2014) non ci sono state azioni Sar di Stato nel Mediterraneo centrale, e che il 26 settembre del 2019 l'operazione *Sophia* dell'Unione europea è stata estesa fino al 31 marzo 2020 ma solo per le operazioni aeree. Dunque le Ong si sono limitate ad occupare uno spazio lasciato (dolosamente) libero dagli Stati, riluttanti questi ultimi a tenere fede agli obblighi assunti ed in tal modo creando, inoltre, problemi alla navigazione commerciale. In una dichiarazione dell'11 giugno 2018, l'*International Chamber of Shipping di Londra* (l'Associazione armatoriale mondiale) ha non a caso sottolineato che “se le navi delle Ong sono impossibilitate a sbarcare nei porti italiani le persone salvate in Italia, ciò avrà anche conseguenze significative per le navi mercantili (...), che dovranno nuovamente partecipare a un numero significativo di salvataggi”.

Stando ai fatti, così come si sono descritti, nessuna “autonomia” è riscontrabile, ma, al contrario, la difficoltà di dover agire in assenza di indicazioni. Il Pos viene richiesto, nella specie, oltre che all'Italia, a più Stati. Alla Libia, che non risponde (o lo fa con ritardo), e che comunque per le ragioni già indicate è da considerare “fuori gioco”; a Malta, la cui riluttanza, alla luce della mancata ratifica degli emendamenti del 2004 è ben nota e non sorprende; alla Tunisia, Paese relativamente sicuro, ma non attrezzato per soddisfare i bisogni dei migranti e, secondo il parere degli operatori delle Ong, che non dispone di una legislazione completa in materia di protezione internazionale, e che comunque nella specie non risponde. Ha senso discettare sulla eventuale violazione da parte di questi Stati degli impegni internazionali da loro assunti? Crediamo di no, visto che nella specie si ragiona

sulla posizione dell'Italia. Fa sorridere la precisazione, pretestuosamente burocratica, secondo la quale le autorità italiane erano state informate solo “per conoscenza”. La migliore risposta in proposito la fornisce proprio il Tribunale di Palermo che afferma (p. 41 della decisione) che non deve sorprendere “*che ai fini dell’indicazione del Pos non siano richieste forme particolari e che, come emerso dall’istruzione compiuta, nella prassi esso si concretizzi in comunicazioni del tutto informali, effettuate a mezzo degli ordinari canali telefonici o telematici (telefonate, SMS, e-mail): infatti, nel diritto amministrativo la forma degli atti è tendenzialmente libera, potendo notoriamente l’atto amministrativo rivestire sia la forma scritta, sia la forma orale, sia la forma simbolica o per immagini*”.

Alla luce della portata delle regole che si sono sommariamente descritte è fin troppo evidente l’obbligo delle autorità italiane di attribuire il Pos una volta richiesto, soprattutto in assenza di risposta da parte di altri Stati. La stessa Procura, nella sua richiesta di archiviazione, ricorda che la Convenzione di Amburgo del 1979, al punto 5.3.4.1. prevede che: “*quando un centro di coordinamento di salvataggio o un centro secondario di salvataggio è informato dell’esistenza di una fase di emergenza ed ignora se altri centri prendono le adeguate misure, s’impegna a far scattare le misure necessarie e si mette in contatto con i centri vicini al fine di designare un centro che si assume immediatamente la responsabilità delle operazioni*”.

Il Tribunale di Roma non contesta queste regole, affermando viceversa che esse però non si applicano alle operazioni condotte da navi che professionalmente si dedicano alla ricerca e al soccorso in mare. La conclusione, sempre secondo il Tribunale, sarebbe che, in assenza di regole specifiche, solo lo Stato di bandiera può dirsi obbligato ad assumersi le responsabilità conseguenti e che purtroppo, essendo nella specie lo Stato di bandiera la Germania, Paese molto lontano dal teatro delle operazioni, alla fine...nessuno è responsabile.

Ma la differenziazione di regime per il caso di Ong la cui missione sia quella del salvataggio rispetto a navi di Stato o private che si trovino “casualmente” a salvare persone in pericolo appare arbitraria e soprattutto non è prevista dalle norme in materia; in secondo luogo non appare né legittima né giustificata questa presunzione di “forzatura *ad libitum*” delle regole che viene indirettamente attribuita alle Ong. Il Tribunale, in un sol colpo, pretende di annullare il diritto e il dovere del comandante della nave a valutare la situazione specifica che si presenta<sup>[12]</sup>, e gli obblighi degli Stati costruiti negli anni dalle Convenzioni menzionate e dagli emendamenti intervenuti. Ma, alla luce della prassi e delle stesse regole in materia di *Search and Rescue*, non esiste nessun modello differenziato, e la soluzione di affidarsi esclusivamente allo Stato di bandiera in assenza dell’intervento dello Stato Sar è proprio ciò che che la Convenzione di Amburgo, in particolare con gli emendamenti del 2004, ha inteso scongiurare attraverso il meccanismo della solidarietà e della corresponsabilizzazione di tutti gli Stati coinvolti!

5. In conclusione, e sintetizzando quanto emerge dalle risultanze dei fatti e delle due decisioni in commento alla luce dei dati normativi rilevanti:

a) L'attribuzione del Pos è parte dell'attività di *Search and Rescue* ed è un obbligo gravante su tutti gli Stati "coinvolti", intendendosi per tali lo Stato di bandiera, lo Stato della zona Sar in cui è avvenuto l'intervento, lo Stato di primo contatto, gli Stati geograficamente prossimi all'area interessata. Tutti in egual misura hanno l'obbligo di liberare nel minor tempo possibile il comandante della nave dall'impegno assunto con il salvataggio, con la precisazione che l'operazione di soccorso s'intende conclusa soltanto quando le persone sono a terra, in un luogo sicuro per la loro incolumità fisica e per il loro pieno godimento dei diritti umani fondamentali<sup>[13]</sup>. Non ci sono regole distinte se la nave in questione appartiene ad una Ong. La violazione di tale obbligo da parte di uno Stato, o la sua inidoneità o impossibilità a far fronte all'obbligo non libera gli altri Stati;

b) L'attribuzione del Pos rappresenta anche un diritto delle persone soccorse;

c) I mezzi usati per attraversare il Mediterraneo, e le circostanze di fatto provocano l'esistenza, *ab initio*, di uno stato di necessità e quindi l'applicazione della regola consuetudinaria sul dovere di soccorso codificata nell'art. 98 Unclos. Soprattutto alla luce dell'assenza di intervento statale diretto la legalità dell'azione delle Ong è fuori dubbio;

d) Il diniego "automatico" del diritto di passaggio ai sensi delle misure amministrative emanate in applicazione del "decreto sicurezza bis" è illegittimo perché incompatibile con le norme internazionali in materia (art. 17 ss. Unclos). Tale diniego, pur richiamando gli obblighi Sar dell'Italia, è motivato con una presunta intenzione di sbarcare migranti irregolari, sulla scorta di azioni condotte "in piena autonomia". L'ingresso nel mare territoriale invece, nel momento in cui risulta collegato all'attività di *Search and Rescue* e al diritto/dovere di attribuzione del Pos, è in quanto tale perfettamente legittimo.

Nel momento in cui scriviamo è all'ordine del giorno dell'agenda politica la prossima modifica dei cd. "decreti sicurezza". Per quanto riguarda almeno quella parte del "decreto sicurezza bis" che si occupa di ricerca e soccorso in mare, a nostro sommo avviso c'è da augurarsi una modifica profonda, alla luce dell'evidente contraddittorietà con il funzionamento delle norme internazionali in materia. Se ciò avverrà, come crediamo (tra l'altro la Corte costituzionale è già stata investita di ricorsi in proposito), la decisione del Tribunale di Roma qui commentata sarà presto dimenticata, e considerata come un incidente di percorso alla luce invece dell'attenzione, dimostrata da ultimo dalla decisione del Tribunale di Palermo, con la quale la giurisprudenza continua ad affermare il primato della legalità, interna ed internazionale, senza cedere a sollecitazioni di presunte esigenze di carattere eccezionale di necessità ed urgenza.

[1] dl 14 giugno 2019 n. 53, "recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica", convertito in Legge 8 agosto 2019, n. 77.

[2] Legge 7 aprile 2017, n. 47 recante “Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”.

[3] “Ogni Stato deve 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; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all’altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all’altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo. 2. 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 e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regional”.

[4] Per inciso quest’ultima è la cd. “*Pacific Solution*”, cioè propria dell’Oceano pacifico, alla quale si ispirano molti governi europei, per loro stessa ammissione, quale “*good practice*” da imitare.

[5] In proposito si vedano le lucide affermazioni del gip di Trapani, decisione del 3 giugno 2019 nel caso *Vos-Thalassa*, che riconosce l’esimente della legittima difesa nel caso di migranti soccorsi e ribellatisi con la forza all’accompagnamento coatto verso la Libia. In dottrina si rinvia a T. Scovazzi, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l’Italia*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2005, p. 106 ss.; ID., *Human Rights and Immigration at Sea*, in Rubio-Marin (a cura di), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 225 ss.

[6] In commento al quale si rinvia a A. Liguori, *The Externalization of Border Controls and the Responsibility of Outsourcing States under the European Convention on Human Rights*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, p. 1228 ss.; ID., *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, London and New York, 2019 A. Spagnolo, *The Conclusion of Bilateral Agreements and Technical Arrangements for the Management of Migration Flows: An Overview of the Italian Practice*, *Italian Yearbook of International Law*, 2018 p. 211 ss.; F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di ‘accordi’ per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 5 ss.

[7] Tale è ad esempio, a nostro avviso, “*l’impegno a non entrare nelle acque territoriali libiche, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, e di non ostacolare l’attività di Search and Rescue (Sar) da parte della Guardia costiera libica, al fine di non ostacolare la possibilità di intervento da parte delle Autorità nazionali competenti nelle proprie acque territoriali, nel rispetto degli obblighi internazionali.*” Come si fa a pretendere di imporre un impegno a non entrare nelle acque di un altro Stato a navi con bandiera straniera? Sul “codice Minniti” si rinvia a M. Ramacciotti, *Sulla utilità di un codice di condotta per le organizzazioni non governative impegnate in attività di Search and Rescue (Sar)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 213 ss.; F. Ferri, *Il Codice di condotta per le Ong e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 189 ss.

[8] tra le tante decisioni: Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009, n. 954 nel caso *Cap Anamur*; richiesta di archiviazione della Procura di Palermo del 15 giugno 2018, nella vicenda che ha coinvolto la nave *Golfo Azzurro* della Ong *Iuventa*; decreto di rigetto di richiesta di sequestro preventivo del 16 aprile 2018 del Tribunale di Ragusa, ufficio per indagini preliminari, confermato dal Tribunale del riesame di Ragusa in data 11 maggio 2018 nel caso *Open Arms*; Cassazione, sez. I pen., sentenza del 27 marzo 2014, n. 14510 e Cassazione, sez. IV pen., sentenza del 30 marzo 2018, n. 14709, che in tema di sussistenza della giurisdizione italiana in relazione a condotte, alternativamente qualificabili come operazioni di soccorso umanitario o concorso in favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, avvenute in alto mare, ha avuto modo di notare che «*l'intervento di soccorso è doveroso ai sensi delle Convenzioni internazionali sul diritto del mare*»; Tribunale di Catania, dicembre 2018, che con riferimento al caso *Diciotti* sottolinea che «*l'obbligo di salvare la vita in mare costituisce un preciso dovere degli Stati e prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare*»; gip di Trapani del 3 giugno 2019 (*cit.*); Cassazione penale, Sez. I, 23 gennaio 2015, n. 3345, in tema di «autore mediato», e cioè di operazioni di soccorso provocate dagli stessi scafisti che determinano la responsabilità di questi ultimi ma non certo di chi presta il soccorso in mare.

[9] In proposito sia consentito, per approfondimenti, il rinvio al nostro volume *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990.

[10] Si veda in proposito lo studio di E. Cusumano e M. Villa, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, Policy Brief. Migration Policy Centre Robert Schuman Centre for Advanced Studies. European University Institute, Issue 2019/22, November 2019. Gli autori, dati alla mano, dimostrano con efficacia quanto sia errato questo presupposto. Più in generale, sul rapporto tra Ong e autorità italiane in materia si rinvia a G. Bevilacqua, *Italy versus NGOs: The controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the context of Migration at Sea*, in *Italian Yearbook of International law*, 2018, p. 11 ss.

[11] 2019/2755(RSPP)B9-0154/2019, [www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-20190154\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-20190154_EN.html)

[12] Sugli obblighi e sul diritto/dovere del comandante della nave ad obbedire al diritto internazionale si rinvia a M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 5 ss. Tra l'altro, non è secondaria la circostanza che il par. 3.1.9 degli emendamenti del 2004 alla Convenzione Sar stabilisce che: «*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*». Ne deriva che la valutazione va effettuata caso per caso, e che le linee guida dell'Imo, benché prive di natura obbligatoria, vanno comunque tenute presenti.

[13] In tal senso, da ultimo, con affermazioni inequivocabili, Cassazione terza sezione penale, sentenza n. 122 del 20 febbraio 2020 (caso *Rackete*).