

Audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1913 Governo, di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica".

1

1. Il provvedimento in esame si compone di 18 articoli, suddivisi in tre capi. Il capo I reca disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica. Il capo II (articoli da 8 a 12) contiene disposizioni urgenti per il potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza, mentre il capo III (articoli da 13 a 18) riguarda disposizioni urgenti in materia di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive.

Chi scrive si concentrerà esclusivamente sulle questioni di propria competenza, da cultore del diritto internazionale, e quindi in particolare sugli articoli 1 e 2. Sia consentito, tuttavia, premettere alcune brevi considerazioni di ordine generale che scaturiscono dalla lettura complessiva del provvedimento.

Il ricorso allo strumento della decretazione di urgenza, in deroga al percorso legislativo ordinario, è previsto dalla Costituzione, nell'art. 77, in casi di

“straordinaria necessità ed urgenza”. È un’ipotesi, quindi, prevista per casi veramente eccezionali. Secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 22 del 2012): «*l’esistenza e l’adeguatezza della situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere tramite l’utilizzazione di uno strumento eccezionale quale il decreto legge, ne costituiscono un requisito di validità costituzionale, sicché l’eventuale palese mancanza di esso configura (...) un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge*». L’intervento normativo in esame appare invece innanzitutto ispirato da finalità tra loro eterogenee, tenute insieme soltanto da riferimenti generici all’ordine pubblico ed alla sicurezza pubblica. Questa intrinseca vaghezza non può pertanto soddisfare il dettato costituzionale né, in particolare, quei requisiti di specificità ed omogeneità che sono stabiliti per la decretazione d’urgenza dall’art. 15, comma 3 della legge n. 400 del 1998. In secondo luogo, la straordinaria necessità ed urgenza di provvedere, che con drammaticità emerge dalla lettura dei considerando introduttivi del decreto, è smentita paradossalmente dagli stessi dati in possesso del Viminale, dai quali si rileva un’importante riduzione (90% rispetto all’anno precedente, e sarebbe il caso di approfondire - ma non in questa sede - a quale costo in termini di dispersi nel Mediterraneo e di respingimenti in Paesi non sicuri) degli sbarchi di stranieri irregolari, delle richieste di asilo politico, e delle presenze nei centri per l’immigrazione sul territorio, così come dei reati che normalmente destano allarme sociale (furti, rapine e omicidi), nonché dalla considerazione elementare che al momento i campionati di calcio (ove massimamente si esprime la violenza degli *ultras*) sono terminati e riprenderanno a fine

agosto. Ne consegue uno spostamento di potere dalle assemblee elettive al Governo tanto più preoccupante ove si consideri che con la decretazione sono state anche introdotte disposizioni di carattere penale.

I primi commenti al decreto mettono in luce un altro problema, che mi limito a segnalare non essendo competente in materia penalistica. Con tale provvedimento normativo l'arresto in cd. "flagranza differita" diventa istituto non più temporaneo, non più eccezionale e non più circoscritto al contenimento di un solo fenomeno criminale (la violenza negli stadi); esso entra in pianta stabile nel nostro ordinamento e per un numero significativo di ipotesi, attribuendo il potere di privazione della libertà personale degli individui non solo all'autorità giudiziaria (in ossequio alla riserva di giurisdizione stabilita dall'art. 13 Cost.), ma anche all'autorità di pubblica sicurezza (e anche in via preventiva).

2. L'art. 1 inserisce nell'articolo 11 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il nuovo comma 1-ter con il quale si attribuisce al Ministro dell'interno, nella sua qualità di Autorità nazionale di pubblica sicurezza, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento attribuitegli dalla legge, 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 ritenga necessario impedire il c.d. "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 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, sottoscritta a Montego Bay nel 1982 (UNCLOS da qui in poi) e ratificata dall'Italia nel 1994.

Il diritto di passaggio inoffensivo, codificato negli articoli 17 e ss. UNCLOS (sul quale sia consentito, per approfondimenti, il rinvio al nostro volume "*Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*", Milano, Giuffrè, 1990), 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. Ciò è quanto previsto nell'art. 19, primo comma, UNCLOS, riproduttivo della stessa norma contenuta nell'articolo 14 della Convenzione di Ginevra del 1958 sul mare territoriale. Nel secondo comma, tuttavia, l'art. 19 UNCLOS contempla, a differenza di quanto era stato previsto nel 1958, un elenco di attività la cui commissione da parte della nave straniera rende automaticamente "non inoffensivo" il suo passaggio. Una delle attività è quella citata nell'art. 1 del decreto in esame, e cioè "*il carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero*".

Il diritto al passaggio compete alla nave che penetri nelle acque territoriali di uno Stato straniero soltanto al fine di attraversarle, sia che successivamente entri nelle acque interne di quello stesso Stato (passaggio in entrata), sia che

da quelle acque provenga e intenda raggiungere ulteriori destinazioni (passaggio in uscita), sia, infine, che si limiti a transitare parallelamente alla costa, senza ingresso nelle acque interne (passaggio laterale). Il passaggio deve essere rapido e continuo, salvo le eccezioni previste nell'ultima parte dell'art. 18, par. 2, UNCLOS: attività necessarie per la navigazione ordinaria e, aspetto che più rileva nel nostro caso, situazioni di forza maggiore, pericolo e necessità di prestare assistenza a navi e aeromobili in pericolo. Di conseguenza, l'ingresso, transito e sosta nel mare territoriale al fine di prestare soccorso a chi è in pericolo, oppure l'ingresso di un'imbarcazione in situazione di pericolo essa stessa al fine di trovare riparo in un porto, non autorizza lo Stato costiero ad adottare misure contro questa nave.

Da questa necessariamente sintetica descrizione dell'istituto credo che già emergano le perplessità che la formulazione dell'art. 1 suscita. Tale articolo prevede infatti 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. 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" che si vorrebbe inserire 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. 19 e 25 UNCLOS e che costituiscono il perimetro entro il quale lo Stato costiero può intervenire nei confronti della nave straniera. Giova ricordare (e ciò vale anche rispetto alle considerazioni ulteriori che si faranno sia in merito all'art. 1 sia in merito all'art. 2 del decreto) 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 in esame, che contiene un espresso riferimento al necessario "rispetto degli obblighi internazionali".

Quale quindi la *ratio* della norma di cui all'art. 1, visto che non è possibile introdurre nuovi limiti al diritto di passaggio inoffensivo, né è pensabile che lo scopo sia solo meramente ricognitivo di tali principi? Si può ipotizzare che si tratti di un provvedimento semplicemente funzionale al riparto di competenze in materia in ambito governativo, con uno spostamento di attribuzioni a vantaggio del Ministro dell'interno. La cd. "chiusura dei porti", rientrante nelle responsabilità del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (art. 83, codice della navigazione), ora può essere adottata anche dal Ministro dell'interno (e qui il pensiero va subito alla vicenda della nave *Diciotti*, nella quale i due Ministri fornirono un'interpretazione totalmente opposta dell'azione di governo necessaria). Ciò implica che l'individuazione

del punto di equilibrio tra le esigenze considerate dalle convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare e diritti fondamentali dei migranti (da un lato) e protezione delle frontiere (dall'altro lato) sarà fissato dal Ministro dell'interno, in un'ottica squisitamente securitaria, con provvedimenti suscettibili di immediata compressione di diritti fondamentali e impugnabili sia davanti alla giustizia amministrativa (da comandante, armatore, proprietario) sia davanti alla giurisdizione ordinaria da parte dei singoli migranti, a tutela dei loro diritti.

3. Stabilito quindi che le possibilità di incidenza dello Stato costiero rispetto ad una nave straniera in transito nel mare territoriale sono quelle, e solo quelle, già previste nell'UNCLOS agli art. 17 e ss., veniamo alla questione che indubbiamente costituisce l'*occasio legis* del provvedimento in commento: la "chiusura dei porti".

L'aver affermato l'identità di regime giuridico, in generale, per i tre casi di passaggio, non vuol dire che resti senza conseguenze la circostanza che, nel passaggio "in uscita" e nel passaggio "in entrata", il contatto con la comunità costiera è, prima o dopo il transito nelle acque territoriali, molto più diretto che nel caso di semplice attraversamento laterale. Maggiori sono, infatti, i poteri che allo Stato costiero competono nei primi due casi, proprio in virtù del "contatto" di cui si è detto. In relazione alle navi dirette verso le acque interne e i porti dello Stato costiero, va chiarito che il godimento del diritto di passaggio non implica il diritto ad entrare in queste acque. Le navi

in passaggio "in entrata" nel mare territoriale hanno solo la facoltà di raggiungere, senza ostacoli, quelle acque interne e quei porti ai quali abbiano accesso in virtù di una convenzione internazionale o comunque con il consenso, esplicito o implicito, dello Stato costiero. In caso contrario, la nave non potrà dirsi impegnata in un passaggio inoffensivo in quanto, allo stato attuale del diritto consuetudinario internazionale, non può affermarsi l'esistenza di una norma che consenta il libero accesso alle acque interne e ai porti.

Quindi, ancora una volta, la possibilità di "chiudere i porti" va confrontata con il necessario «rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia».

Ogni nave ha il diritto di entrare in un porto se si trova essa stessa in una situazione di difficoltà o se le persone a bordo sono in difficoltà. In questo caso si applica 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 una nave in un porto costituisce in questi casi una violazione del dovere di salvaguardia della vita umana in mare.

Nel caso specifico di eventuali richiedenti asilo a bordo, quando la nave si trova sotto la giurisdizione dello Stato costiero, deve essere quest'ultimo a verificare, persona per persona, se i requisiti per ottenere lo status richiesto sussistano o meno, altrimenti vi sarà anche una violazione degli obblighi derivanti dalle norme sui diritti umani, in particolare l'obbligo di "non respingimento" ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati

e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

L'ingresso di una nave che trasporta persone soccorse in mare in adempimento dell'obbligo internazionale di salvare la vita umana in mare non può considerarsi pertanto 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 unanime (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"; 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).

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 inoffensivo ad una nave che ha 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 (oltre alla SOLAS, la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare – cd. Convenzione SAR – fatta ad Amburgo nel 1979). Nulla muta, nonostante il decreto in esame, in ordine al dovere per il nostro Paese di offrire – quando le condizioni lo richiedano – un porto di approdo sicuro alla nave che ne faccia richiesta, essendo da escludere che la Libia possa essere considerata un porto di approdo sicuro, come ribadito il 18 giugno 2019 dal Commissario per i diritti umani presso il Consiglio

d'Europa e ancor più di recente dal Ministro degli Esteri italiano, e certamente non avendo alcun pregio l'argomento dell'inerzia o del venir meno ai loro obblighi da parte di altri Stati. Vanno poi rispettate le previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (CEDU) che vieta le espulsioni e i respingimenti collettivi di stranieri (art. 4 prot. addizionale n. 4) e le espulsioni e i respingimenti di stranieri verso Paesi in cui i migranti siano esposti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti o in cui i migranti siano esposti al rischio di essere rimpatriati verso Paesi in cui subirebbero persecuzioni e/o trattamenti inumani e degradanti (art. 3), che assicura altresì le garanzie procedurali che debbono essere assicurate agli stranieri in caso di espulsione (art. 13 CEDU in congiunzione con articoli 3 e 4 Protocollo n. 4; art. 1, prot. addizionale n. 7). Il riferimento d'obbligo è naturalmente alla ben nota sentenza della Corte di Strasburgo del 23 febbraio 2012, Grande Camera, nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. La stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contiene disposizioni del tutto analoghe.

4. È evidente che le regole delle due Convenzioni SOLAS e SAR, e le raccomandazioni dell'OMI (Organizzazione marittima internazionale), fanno leva sulla collaborazione tra lo Stato della zona *Search and Rescue* (SAR) stabilita ai sensi della Convenzione di Amburgo, lo Stato di bandiera della nave che procede al soccorso, ed eventualmente dello Stato i cui porti sono più vicini all'area in cui l'intervento è avvenuto ("il coordinamento da

parte di uno Stato dell'azione di soccorso non libera gli altri Stati", così si esprime l'OMI nelle sue raccomandazioni). Questa collaborazione purtroppo quasi sempre non c'è, e ciò è tanto più grave perché nella maggior parte dei casi gli Stati in questione sono uniti dal vincolo della comune appartenenza all'Unione europea! Spesso l'Italia ha avuto la responsabilità principale, in quanto l'IMRCC di Roma aveva coordinato le attività di soccorso in mare, e pertanto, tenuto conto della precarietà delle condizioni delle persone a bordo, il tempo trascorso dal soccorso allo sbarco spesso non è stato configurabile come "*lasso di tempo ragionevole*", e quindi sicuramente l'Italia ha violato la Convenzione di Amburgo. Ma certamente non possono essere ritenuti sollevati da ogni responsabilità né lo Stato della bandiera, né lo Stato nazionale della maggioranza dei membri dell'equipaggio, né gli altri Stati dell'area, in particolare quelli per i quali vale l'obbligo di "*leale cooperazione*" sancito dal diritto dell'Unione europea.

Il punto "nodale" è l'attribuzione del PoS (*Place of Safety*). Quale Stato è tenuto ad attribuirlo? Sicuramente le norme sul PoS rimangono una disposizione asimmetrica ai sensi del diritto internazionale, poiché gli Stati sono tenuti a cooperare per la rapida identificazione di tale località, ma non esiste un corrispondente obbligo giuridico di fornire un PoS nel proprio territorio. Lo Stato responsabile della zona SAR ha l'obbligo di identificare questo luogo (obbligo che non è riconosciuto tale soltanto da Malta), ma il diritto del mare non prevede che tale luogo sia necessariamente sul territorio di detto Stato, e ciò implicitamente è stato confermato dalla decisione della

Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 gennaio scorso nel caso *Sea Watch 3* (ricorsi 5504/19 e 5604/19), nella quale la Corte non ha imposto all'Italia di sbarcare i ricorrenti come da quest'ultimi richiesto, limitandosi a chiedere al Governo italiano *"to take all necessary measures, as soon as possible, to provide all the applicants with adequate medical care, food, water and basic supplies as necessary. As far as the 15 unaccompanied minors are concerned, the Government is requested to provide adequate legal assistance (e.g. legal guardianship). The Government is also requested to keep the Court regularly informed of the developments of the applicants' situation."*

Nel recente caso (marzo 2019) della nave *Mare Jonio*, battente bandiera italiana, l'Italia non sollevò la questione (ovviamente) della responsabilità prioritaria dello Stato di bandiera per lo sbarco ma quella dello 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! E che dire del già ricordato caso della nave *Diciotti*, il primo caso nella storia di divieto di attracco in un porto nazionale ad una nave militare avente bandiera dello Stato! Viceversa la priorità dello sbarco nello Stato di bandiera della nave soccorritrice è stata invocata dal Governo italiano per la nave *Aquarius* (bandiera UK) *Sea Watch 3* (Paesi Bassi) *Open Arms* (Spagna). In quest'ultimo caso si parlò anche del porto più vicino (Malta), e 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 alla nazionalità dell'ONG

(Francia), alle acque in cui al momento delle dichiarazioni ministeriali si trovava l'imbarcazione (Malta). La regola valida pare quindi essere "*dovunque, purché non in Italia!*", facendo leva sull'indubbia situazione di incertezza di cui si è detto, che però non esime da responsabilità nessuno degli Stati coinvolti a vario titolo. Va sottolineato che l'obbligo di attribuire un PoS alla nave soccorritrice è simmetricamente correlato al diritto della persona soccorsa a vedersi attribuito nel più breve tempo possibile questo luogo sicuro di sbarco.

5. Veniamo ora all'articolo 2 del decreto, che inserisce il comma 6-bis nell'articolo 12 del Testo unico delle leggi sull'immigrazione prevedendo che, salvo alcune eccezioni, il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale di settore, nonché i divieti e le limitazioni eventualmente posti dal Ministro dell'interno, ai sensi del comma 1-ter dell'articolo 11 del suddetto Testo Unico, introdotto dall'articolo 1 del presente decreto. L'inosservanza è sanzionata con la previsione del pagamento di una somma di denaro e, in caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, con la sanzione accessoria della confisca della stessa. Colpisce innanzitutto, ad una prima lettura della norma, l'evidente intenzione di adottare un diritto speciale, valido solo per chi si occupa di migranti e particolarmente severo. È prevista infatti una sanzione amministrativa molto onerosa, da euro 10.000 a euro 50.000 da applicare al comandante all'armatore e al proprietario della nave, che si aggiunge alle

sanzioni penali “quando il fatto costituisca reato” (verosimilmente, quello di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, ex art. 12 T.U. imm.).

Tali misure sanzionatorie appaiono innanzitutto sproporzionate (e pertanto illecite). Per comprendere l’entità assolutamente “fuori misura” di tali sanzioni giova il confronto con una recente decisione internazionale, quella della Corte permanente di arbitrato, nel caso della nave *Duzgit Integrity (Malta c. São Tomé and Príncipe, 5 settembre 2016)*. Nel caso di specie una nave battente bandiera maltese era stata arrestata mentre transitava nelle acque arcipelagiche di Sao Tomé, dove intendeva svolgere un’attività sicuramente illecita, cioè il trasferimento di carburante da nave a nave. Ciononostante il Tribunale ha considerato complessivamente sproporzionate, e pertanto illecite, le misure sanzionatorie (tra cui la prolungata detenzione del comandante, la multa a carico del proprietario, la confisca del carico) adottate dallo Stato costiero per far rispettare i suoi diritti sovrani nelle acque arcipelagiche.

È stato poi rilevato, inoltre, che tale duplicazione sanzionatoria si porrebbe in conflitto con il divieto di *bis in idem*, sancito dall’art. 649 c.p.p., nonché, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e dall’art. 4 Prot. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Occorre ricordare, infatti, che anche quando il legislatore opta espressamente per la natura “amministrativa” di un illecito (come nel caso che ci occupa), ciò non preclude che l’interprete debba – ricorrendone i presupposti – procedere alla sua riqualificazione in senso penale. Ciò in particolare, ogniqualvolta siano

applicabili i criteri enucleati dalla Corte di Strasburgo a partire dal celebre caso *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, e cioè che l'illecito abbia finalità punitiva e/o la relativa sanzione, anche se pecuniaria, si connoti per la sua gravità, alla luce dell'importanza del relativo sacrificio economico. D'altronde, è senz'altro vero che rispetto alla iniziale assoluta declaratoria di illegittimità del sistema a doppio binario (Corte, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*), la Corte di Strasburgo ha poi ritenuto il cumulo sanzionatorio compatibile con la regola del *ne bis in idem* quando sussistente una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta"; ciò però solo in presenza di precise condizioni: a) il doppio binario sia finalizzato a colpire profili differenti della condotta; b) il doppio giudizio sia prevedibile; c) sussista una connessione sostanziale e cronologica fra i procedimenti, per cui, in particolare, la raccolta e la valutazione delle prove sia compiuta soltanto una volta; d) le sanzioni inflitte siano complessivamente proporzionali rispetto alla gravità della condotta (Corte, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*). Ebbene, alcune di queste condizioni mancano nella fattispecie in esame.

Va poi ribadito che se il fine della norma è quello di scoraggiare l'ingresso di navi con a bordo persone in *distress*, ciò è palesemente in contraddizione con l'obbligo gravante su ciascuno Stato di esigere che il comandante della nave, statale o privata, battente la propria bandiera, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo (art. 98.1 UNCLOS). Preoccupante sarebbe se si sortisse l'effetto di scoraggiare l'adempimento del dovere di soccorso da parte delle navi private, per il timore di

conseguenze sanzionatorie o anche semplicemente di rimanere bloccati all'ingresso delle acque territoriali, con ripercussioni economiche negative. Va ricordato che il capitano di un'imbarcazione – che in linea di principio gode di libertà di movimento nelle acque internazionali e del diritto di passaggio inoffensivo in quelle nazionali e che è competente a valutare le situazioni in mare – non può in alcun modo essere sanzionato per il solo fatto di avere adempiuto al dovere di raggiungere nel più breve tempo possibile le persone in pericolo, a prescindere dalla nazionalità e dallo status di queste ultime ai sensi delle leggi sull'immigrazione, né può essere in alcun modo equiparato al contrabbando di migranti la condotta dell'equipaggio che, dopo avere effettuato il salvataggio, richiede ad uno Stato l'assegnazione di un porto sicuro e l'autorizzazione allo sbarco (sui diritti e obblighi del comandante in materia di soccorso in mare si rinvia a 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 e ss.). Il Protocollo sullo *smuggling* dei migranti, allegato alla Convenzione di Palermo del 2000 (ratificato dall'Italia nel 2006), precisa a tal riguardo, nell'art. 6, che lo Stato può adottare "*misure legislative e di altro tipo necessarie per conferire il carattere di reato ai sensi del suo diritto interno, quando l'atto è commesso intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale*". Si segnala che, per quanto riguarda le ONG che compiono operazioni di salvataggio, fino a questo momento le indagini condotte non hanno mai prodotto riscontri su

eventuali responsabilità delle stesse in tal senso. Come di recente affermato dal Tribunale di Ragusa (sentenza 11 maggio 2018), affinché possa configurarsi l'imputabilità del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina al personale delle ONG operanti nel Mediterraneo è necessaria la «*consapevolezza di promuovere, dirigere, organizzare, finanziare o effettuare il trasporto illegale di stranieri nel territorio dello Stato*». Il capitano della nave che viene a conoscenza di una situazione di pericolo ha l'obbligo di intervenire e prestare soccorso «*nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri*» (art. 98 CNUDM, anche Cap. V Reg. 33-1 Convenzione SOLAS, si tratta comunque di un obbligo di sicura natura consuetudinaria), Poiché l'operazione di soccorso può dirsi conclusa solo con lo sbarco dei migranti in un luogo sicuro, anche il trasporto dei migranti verso tale luogo, designato dall'MRCC competente, costituisce parte dell'ottemperamento dell'obbligo di salvataggio. La sua condotta potrebbe quindi qualificarsi come illecita solo nel caso in cui alla situazione di pericolo abbia contribuito la stessa ONG agendo in collusione con i trafficanti. Infine, il primo RCC contattato, anche se l'emergenza è avvenuta al di fuori della sua SAR, mantiene la responsabilità dell'evento finché sia accertato che l'RCC competente per quella regione, o altro RCC, abbia dichiarato di assumere il coordinamento e si sia effettivamente attivato in tal senso.

Tornando poi al confronto con il diritto di passaggio inoffensivo, va ricordato che l'art. 24, par. 1, UNCLOS, rubricato "Obblighi dello Stato costiero", dispone: "*1. Lo Stato costiero non deve ostacolare il passaggio*

inoffensivo delle navi straniere attraverso il mare territoriale, salvo nei casi previsti dalla presente Convenzione. In particolare, nell'applicazione della presente Convenzione o di ogni altra legge o regolamento adottati conformemente a essa, lo Stato costiero non deve: a) imporre alle navi straniere obblighi che abbiano l'effetto pratico di impedire o limitare il diritto di passaggio inoffensivo; oppure b) esercitare discriminazioni di diritto o di fatto contro navi di qualunque Stato o contro navi adibite al trasporto di materiali diretti o provenienti da un qualunque Stato o per conto di esso".

L'adozione di sanzioni amministrative così onerose per comportamenti che, come si è cercato di dimostrare in precedenza, sono in conformità con il diritto interno ed internazionale (incluso l'obbligo di prestare soccorso), rientra indubbiamente tra le misure vietate perché producono l'effetto di ostacolare l'esercizio del diritto di passaggio inoffensivo.

Un'altra perplessità deriva dall'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 2 del decreto, la violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali venga notificato alle navi di ONG che si occupano del salvataggio in mare, e solo ad esse. In questo caso a nostro avviso ci sarebbe una violazione sia del principio di non discriminazione di cui al citato art. 24, par. 1, lettera b), sia anche dell'art. 25, par. 3, UNCLOS. Quest'ultimo consente in alcuni casi allo Stato costiero di sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo in determinate zone del suo mare territoriale. Tale norma pone però condizioni rigorose per evitare abusi di questa possibilità: la sospensione deve essere temporanea, deve riguardare solo zone specifiche, deve essere

essenziale per la protezione della sicurezza dello Stato e, soprattutto, non deve essere discriminatoria, “*de iure*” o “*de facto*”. In altri termini, la sospensione deve riguardare solo una certa area (presumibilmente ristretta) del mare territoriale e deve essere applicabile a tutte le navi. Sospensioni del diritto di passaggio inoffensivo che si applichino in tutto il mare territoriale di uno Stato o solo a determinate navi, identificate come gruppo (navi di ONG che prestano soccorso) o, peggio ancora, singolarmente (come risulta dalla lettura dell’art. 2 del decreto) costituiscono chiara violazione di questo articolo, nonché abuso di diritto, di per sé vietato dall’art. 300 UNCLOS.

6. Un ultimo rilievo riguarda l’articolo 12 che istituisce, nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, un fondo destinato a finanziare interventi di cooperazione mediante sostegno al bilancio generale o settoriale ovvero intese bilaterali con finalità premiali per la particolare collaborazione prestata nel settore della riammissione di soggetti irregolari presenti sul territorio nazionale e provenienti da Stati non appartenenti all’Unione europea. Invero, si tratta, nel caso concreto, di assegnare copertura finanziaria a impegni internazionali assunti dall’Italia mediante la stipula di intese con i Paesi di origine dei flussi migratori (peraltro non sottoposte in genere alla ratifica del Parlamento italiano, benché regolamentino materie rientranti nell’art. 80 Cost.), volte ad incentivare un atteggiamento di piena collaborazione dei Paesi stessi in materia di rimpatri di stranieri irregolari presenti nel territorio

nazionale. Non è chiaro, tuttavia, se i beneficiari materiali della prevista elargizione saranno i Governi degli Stati di invio dei migranti o i migranti stessi i quali siano disponibili ad accettare procedure (sovvenzionate) di rimpatrio volontario assistito. Qualora, come è assai probabile, ci sia l'intenzione di riproporre in altri contesti la formula delle intese concluse con Niger, Libia e Sudan, si rileva che purtroppo non è prevista una disposizione che condizioni l'erogazione dei fondi alla necessaria tutela dei diritti umani da parte degli Stati di riammissione dei migranti.

7. Fin qui si è trattato di alcuni contenuti del cd. "decreto sicurezza bis". In conclusione vogliamo invece accennare a qualcosa che il decreto non dice, ma che si sarebbe potuto a nostro avviso inserire e quindi da questo punto di vista rappresenta, sempre secondo chi scrive, un'occasione mancata. Facciamo riferimento alla possibilità di dichiarare finalmente l'esistenza di una "zona contigua" italiana ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 UNCLOS. È noto infatti che, a differenza del mare territoriale, ritenuto "ad appartenenza necessaria" nel momento in cui uno Stato dispone di una costa, l'adozione una zona di giurisdizione va sempre "dichiarata" esplicitamente dallo Stato. Nel nostro ordinamento tale dichiarazione finora è mancata. La legge 89 del 2002 (cd. "Bossi – Fini") tuttavia menziona la zona contigua italiana all'art. 11, stabilendo che "*La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta*

Prof. Avv. Giuseppe Cataldi

Ordinario di Diritto internazionale, Università degli studi di Napoli "L'Orientale"
Responsabile del Network europeo *Jean Monnet* "MAPS – Migration and Asylum Policy Systems"
Presidente, *Association internationale du droit de la mer*

nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato". Si è ipotizzato che tale menzione basti a ritenere istituita la zona contigua italiana, sia pure ai fini esclusivi del controllo in materia di immigrazione (e non quindi fiscale, sanitaria, doganale). Resta tuttavia a nostro avviso l'ambiguità, e quindi la possibilità di contestare, da parte di navi straniere, l'esistenza di tale istituto nell'ordinamento italiano.

22

Napoli, 2 luglio 2019

Prof. Avv. Giuseppe Cataldi

