

## PREMESSA

Questo volume è il risultato della collaborazione tra alcuni studiosi dell'Università di Milano-Bicocca (oltre a Giuseppe Cataldi dell'Università di Napoli "L'Orientale"), che svolgono ricerche nel settore del diritto internazionale del mare, e tre ufficiali della Guardia di Finanza, che sono direttamente impegnati in attività di controllo del traffico di migranti via mare. Vi è un interesse reciproco, dato dall'esigenza di capire quali problemi si pongono nell'esercizio concreto di un compito operativo così delicato, anche per le implicazioni umanitarie che esso comporta nel doveroso rispetto della legalità; di approfondire i segreti che gli interventi hanno sul piano giuridico; e di studiare l'evoluzione degli istituti di volta in volta applicati, anche al fine di stimolare un miglioramento del quadro normativo oggi esistente. La diversa provenienza degli autori dei contributi al volume spiega perché qualche volta la stessa questione è vista in prospettive diverse, in conseguenza delle diverse esperienze dei singoli autori.

Se anche le prospettive in cui si collocano i vari contributi non sono le stesse, omogeneo è il tema di fondo che li accomuna: l'Italia e gli Stati dell'Unione europea sono oggi chiamati a far fronte a un fenomeno che va ben oltre un flusso di migranti e che si caratterizza per il dramma umano di centinaia di migliaia di individui costretti da eventi catastrofici ad abbandonare il loro paese e a cercare altrove condizioni di vita decenti, affrontando viaggi estremamente pericolosi. Il sistema italiano, che pure presenta inspiegabili complicazioni normative, come dimostra il dubbio sulla stessa esistenza di una zona contigua italiana, si è negli ultimi anni (prima non era così) orientato verso due obiettivi: il doveroso soccorso e la successiva accoglienza nei confronti di coloro che rischiano la vita in mare; l'estensione della giurisdizione penale nazionale nei confronti dei trafficanti di immigrati clandestini, come si può dedurre dalle interpretazioni fatte proprie da alcune interessanti sentenze. Più incerto è tuttora l'orientamento del sistema dell'Unione europea, che pare non avere ancora deciso se sia preferibile la chiusura delle frontiere, e cioè un atteggiamento "muscolare", ma in realtà indegno, perché rivolto soltanto verso gli individui più deboli, oppure la condivisione degli oneri derivanti dalla necessità di far fronte a un dramma umano collettivo. L'evidente constatazione che il problema non può essere affrontato soltanto sul piano nazionale spiega perché i curatori del volume abbiano ritenuto utile aggiungere ai contributi relativi alla normativa e alla giurisprudenza ita-

liana anche un'analisi della normativa dell'Unione europea, sempre più rilevante in tema d'immigrazione irregolare, anche a seguito delle operazioni Frontex ed Eunavformed.

\* \* \*

Passando ora ad annotazioni di carattere redazionale, è il caso di segnalare che i curatori, anche per evitare dimensioni e costi eccessivi, hanno alla fine accettato di separare i risultati della ricerca in due parti. La prima, su carta, contiene i contributi dottrinali; la seconda, su supporto elettronico, è dedicata ai documenti, che includono, oltre agli atti normativi dell'Italia e dell'Unione europea, anche un'ampia selezione di sentenze di giudici italiani, alcune delle quali inedite; l'ultima sentenza riprodotta, resa dalla Corte Europea dei Diritti Umani sul caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, segna la definitiva condanna della fase "muscolare" inizialmente tentata dall'Italia.

Va inoltre precisato che le leggi che rendono esecutivi i trattati internazionali sono state riportate solo se contenenti disposizioni di adattamento del diritto italiano a tali trattati, che le pronunce giurisprudenziali riprodotte sono individuate con riferimento alla data di pronuncia (e non di deposito) e che i nomi di coloro che sono coinvolti in tali pronunce sono indicati con le lettere iniziali, secondo la sequenza nome e cognome (quando il nome non figurava, la lettera riportata corrisponde all'iniziale del cognome).

\* \* \*

Anche a nome degli altri curatori, ringrazio Francesca Mussi, che, oltre a redigere un contributo, si è fatta carico con precisione e pazienza del lavoro di raccolta e preparazione dei documenti.

Milano, 9 marzo 2016

*Tullio Scovazzi*

## INTRODUZIONE

*Giuseppe Cataldi*

La notevole estensione costiera, la sua posizione al centro del Mediterraneo, la sua vicinanza alle coste della Riva Sud, l'appartenenza all'Unione europea. Tutti questi dati concorrono a fare dell'Italia un protagonista assoluto delle questioni internazionali che si svolgono in questo Mare. Inevitabilmente anche i giudici italiani sono coinvolti, dal giudice di pace alla Cassazione. Ne deriva l'esistenza di una ricca e interessante, anche se non sempre condivisibile, giurisprudenza di diritto del mare. Questo libro ne esamina una parte importante, e di grande attualità, e cioè la giurisprudenza concernente l'immigrazione irregolare via mare.

Numerosi sono gli aspetti che rendono questo libro interessante ed originale. Innanzitutto l'approccio pragmatico, nel senso che a parlare sono gli atti giudiziari e le norme (non a caso riprodotte nell'appendice elettronica al volume), attraverso l'inquadramento sistematico ed i commenti che ad esse vengono dedicati; in secondo luogo la circostanza per cui il lettore può fruire, in contemporanea, della prospettiva sia degli studiosi (Papanicolopulu, Mussi, Cottone, Tani, Scovazzi) sia degli operatori (Antonucci, Caiazza, Fantinato), questi ultimi, nella loro posizione di ufficiali della Guardia di Finanza, protagonisti anche di alcune tra le vicende oggetto delle sentenze citate. Va rilevato, infine, che ricevono un approfondimento tutte le principali questioni in tema d'immigrazione via mare: il soccorso e l'assistenza, la prevenzione e repressione del fenomeno del traffico internazionale via mare dei migranti, la posizione specifica di chi aspira allo status di rifugiato.

Il transito dei migranti presenta aspetti di grande drammaticità nel Mediterraneo, poiché le migrazioni via mare, pur costituendo una percentuale del fenomeno complessivamente inteso, comportano seri rischi per la vita umana a causa delle modalità con le quali il trasporto avviene. È ormai accertato che organizzazioni criminali transnazionali controllano e lucrano su tutta la filiera degli spostamenti del migrante, dalla sua partenza, spesso da Paesi dell'area subsahariana, al transito nel deserto, alla detenzione nei centri di "smistamento" sulle coste della Riva Sud del bacino, all'imbarco su navi "madre" dalle quali i migranti sono poi trasbordati su piccole imbarcazioni fatiscenti dirette verso le coste dei Paesi europei, fino all'"assistenza" nel momento in cui essi hanno bisogno di raggiungere, una volta a terra, la destinazione finale prescelta. I "corridoi" co-

munemente attraversati da queste imbarcazioni sono: il Canale di Sicilia, il Mar Ionio, lo Stretto di Gibilterra. Anche dopo il “collasso” della Siria, con la conseguente crescita dell'utilizzazione della “via di terra” attraverso Turchia, Grecia, Macedonia, Serbia, Ungheria, questi corridoi restano costantemente utilizzati. Come gestire questo fenomeno? Un dato che emerge dai contributi raccolti in questo volume è che la strumentazione normativa a disposizione, nazionale e sovranazionale, appare inadeguata e spesso obsoleta. È noto che, ad esempio, la risposta a situazioni di (vera o presunta) “emergenza” è il filo conduttore della politica migratoria italiana. Ciò dal 1989, quando fu approvata la c.d. legge Martelli, fino ai giorni nostri, con l’“emergenza Nord-Africa”, passando per l’“emergenza Balcani”, l’“emergenza terrorismo”, l’“emergenza nomadi”. In tutte queste occasioni, in nome dell'emergenza, si è anche invocato l'intervento dell'Unione europea, che a sua volta ha dato sempre prova di immobilismo di fronte all'acuirsi dei flussi migratori attraverso il Mediterraneo e di fronte all'aumento delle tragedie in mare, a causa della contrapposizione tra i suoi Stati membri. La sfida, per i Paesi della Riva Nord e in particolare per l'Unione europea, che con il Trattato di Lisbona ha deciso di dotarsi di una politica migratoria comune, è quella di conciliare gli aspetti umanitari, da ritenere sempre prioritari, con le esigenze di controllo delle frontiere e di prevenzione e repressione di reati. Naturalmente, come da molti sollecitato, la questione dovrebbe essere risolta alla radice, agendo sulle cause che determinano l'abbandono del proprio Paese, e quindi “a terra”, prima che in mare, ma ovviamente questo aspetto non rientra nell'oggetto delle ricerche raccolte in questo volume.

Sul piano strettamente umanitario, l'esempio più notevole d'intervento è stato dato proprio dall'Italia, mediante l'operazione *Mare Nostrum*, lanciata in conseguenza della tragedia avvenuta al largo di Lampedusa il 3 ottobre 2013, incidente che causò più di 350 morti. Si è trattato quindi di un'operazione, ricordata anche nei contributi che seguono, durata fino alla fine del 2014, e squisitamente nazionale, benché del tutto conforme ai principi dell'Unione europea in materia. Mezzi e uomini di varie amministrazioni, in una porzione molto ampia del Mediterraneo (fino alle coste libiche) sono stati impiegati, e davvero ingente è stato il numero d'interventi effettuati e di vite umane salvate. Il costo elevato di tale operazione, e le critiche di molti *partners* nell'Unione, ha condotto alla cessazione dell'operazione. La principale critica, mossa sia dalle opposizioni politiche interne, sia dai Governi europei (in particolare da Spagna e Grecia), consiste in un presunto effetto d'incentivo (“*calling effect*”) alle partenze, a ragione dell'alta possibilità di essere intercettati in un'area molto vasta, “salvati” dalle motovedette italiane e accompagnati nei porti della penisola. È il caso di smentire subito, alla luce purtroppo delle tragiche evenienze dei mesi successivi alla fine dell'operazione *Mare Nostrum*, la fondatezza di tali critiche. L'incentivo alla partenza via mare, e lo dimostrano appunto i numeri e le tragedie avvenute nel 2015, è solo determinato dalle condizioni socio-politiche dei Paesi di provenien-

za e di transito, cui vanno aggiunte alcune iniziative contingenti, quali la costruzione di “muri” di contenimento al confine da parte di Bulgaria e Ungheria, il respingimento con mezzi di dissuasione piuttosto “energetici” da parte di Grecia e Spagna (come segnalato da alcune organizzazioni umanitarie) e le politiche restrittive, nella concessione dei visti, adottate di recente da molti Paesi del Nord Europa. L’operazione *Mare Nostrum* è stata sostituita dall’operazione *Triton*, che presenta caratteristiche molto diverse, descritte ampiamente nei contributi che seguono. Si tratta, in sintesi, di un’operazione che, pur svolgendosi in spazi marini prossimi alle coste italiane (con un limite di 30 miglia portato poi a 138 miglia dopo l’ecatombe in mare del 18 aprile 2015), è gestita e finanziata dall’Unione europea, in particolare con il coinvolgimento dell’Agenzia *Frontex*, con lo scopo precipuo della sorveglianza delle frontiere, pur nel rispetto, come affermato dal suo Direttore esecutivo, delle esigenze di tutela della vita umana in mare.

Veniamo alla questione dei rifugiati. L’Unione europea ha adottato il 26 giugno 2013 il c.d. “pacchetto asilo”, composto da due direttive e due regolamenti (c.d. “sistema di Dublino”), ai quali va aggiunta la rifusione della direttiva “qualifiche” adottata nel 2011. Questa riforma, pur introducendo novità e miglioramenti rispetto al passato, non sembra tuttavia idonea a realizzare l’obiettivo finale, e cioè “*indipendentemente dallo Stato membro in cui è presentata la domanda d’asilo ... assicurare che casi analoghi siano trattati allo stesso modo, giungendo allo stesso risultato*” (così il c.d. “Programma di Stoccolma – Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini”, in *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea*, C 115 del 4 maggio 2010), a causa del potere discrezionale, ancora molto ampio, riconosciuto agli Stati membri. In seguito all’ingresso e all’identificazione del richiedente asilo, la competenza all’esame della domanda di protezione internazionale spetta ad un solo Stato membro, di norma quello nel quale è avvenuto il primo ingresso, regolare o irregolare, del migrante (eccezioni sono previste nell’interesse superiore dei minori e per assicurare il diritto all’unità familiare). L’obiettivo è di impedire ai richiedenti asilo di presentare domande in più Stati membri (cosiddetto *asylum shopping*), nonché di ridurre il numero di richiedenti asilo “in orbita”, vale a dire trasportati da Stato membro a Stato membro. Ai sensi del regolamento di Dublino, se una persona che aveva presentato istanza di asilo in un paese dell’Unione, o comunque identificata all’atto dell’ingresso in tale paese, entra in un altro paese membro, deve essere rimandata al primo Stato. Il meccanismo si regge quindi sulla fiducia tra gli Stati membri, che si considerano reciprocamente “sicuri” ai fini dell’applicazione dei principi e delle norme dell’Unione in materia di asilo, principi che si rifanno alla Convenzione di Ginevra del 1951 sul rifugiato e quindi, innanzitutto, al c.d. principio di “*non-refoulement*”. L’applicazione del criterio del “primo ingresso” ha tuttavia prodotto una pressione sproporzionata sugli Stati di frontiera, in primis proprio sull’Italia (basti pensare che nel 2014 cinque Stati membri, tra cui l’Italia, hanno trattato il 72% di tutte le domande di asilo), i quali hanno peraltro mostrato di non essere sempre in grado di rispondere adeguata-

mente alle esigenze di accoglienza e di esame delle richieste di asilo. Tale criterio concorre, inoltre, anche alla responsabilità dell'aumento dei decessi in mare, poiché i trafficanti di migranti organizzano viaggi più lunghi e rischiosi per l'Italia, anziché per esempio per Malta e Cipro, per le maggiori possibilità di accoglimento delle domande di protezione internazionale. Infine, la presunzione secondo la quale gli Stati membri debbano considerarsi sempre reciprocamente sicuri ai fini dell'accoglienza è stata smentita dalle corti europee. Per quanto riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo, va ricordata la sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, del 21 gennaio 2011 (Grande Camera), con la quale il Belgio è stato condannato, tra l'altro, per aver rinvio un richiedente asilo in Grecia, paese di primo ingresso ai sensi del regolamento di Dublino. L'aver ottemperato al diritto dell'Unione europea non esime, affermano i giudici di Strasburgo, da responsabilità per violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel caso di specie riscontrabile (art. 3, divieto di "trattamenti disumani e degradanti") alla luce delle condizioni in cui versano i richiedenti asilo in Grecia. A maggior ragione tenuto conto che il Regolamento Dublino contempla una clausola, c.d. "di sovranità", che consente allo Stato membro di prendere in carico la domanda di protezione benché non gli competeva. Ancora più interessante e recente è la sentenza, sempre della Grande Camera, del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*. Di fronte al rifiuto della concessione dell'asilo da parte della Svizzera, per la necessità di tornare in Italia, paese di primo ingresso, una famiglia afgana di rifugiati ha proposto ricorso alla Corte di Strasburgo, sempre ai sensi dell'art. 3 CEDU. La Corte ha condannato lo Stato convenuto poiché, alla luce dei dati forniti dal Ministero degli Interni italiano, appare evidente la discrepanza tra il numero delle richieste d'asilo e i posti disponibili nelle strutture SPRAR (servizio centrale del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati). La Svizzera aveva quindi il dovere di non applicare meccanicamente il sistema di Dublino, dal momento che la mancanza di "carenze sistemiche" in Italia (carenze rilevate invece dalla Corte nei confronti della Grecia nel caso precedentemente citato) non deve però esimere lo Stato dall'accertare in concreto se esista un rischio reale di trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione, in particolar modo quando siano coinvolti dei minori, come nel caso di specie. Principi non difforni sono stati affermati anche dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, in particolare nella sentenza pregiudiziale resa il 21 dicembre 2012 (caso *N.S.*) su rinvio di un tribunale del Regno Unito. La Corte conferma la presunzione dello status di paese sicuro da attribuirsi reciprocamente tra gli Stati membri, presunzione che, tuttavia, non è assoluta, ma relativa; sancisce pertanto l'obbligo di sospendere il trasferimento nel caso in cui le autorità dello Stato di invio "non possano ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti", in quanto tali vietati dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Insomma, non è una sorpresa, soprattutto alla luce degli eventi dell'estate del 2015, il ripensamento generale in atto del sistema di Dublino, oggetto di numerose critiche da parte della stessa Commissione europea, oltre che da parte della dottrina e delle associazioni attive nella difesa dei diritti umani. Nel momento in cui scriviamo la situazione è ancora fluida, anche se notevoli cambiamenti sembrano preannunciarsi, in sede europea ma anche nazionale. Su di essi si veda, ampiamente, il contributo di Ilaria Tani. La crisi europea dei migranti del 2015 ha visto una ancor più netta, rispetto al passato, divisione tra gli Stati membri circa l'atteggiamento complessivo e le misure da adottare. L'Ungheria, a partire dal 23 giugno 2015, ha iniziato a respingere i migranti alla frontiera con la Serbia. Il 24 agosto 2015 la Germania ha invece deciso di sospendere il regolamento di Dublino per quanto riguarda i profughi siriani e di elaborare direttamente le loro domande d'asilo, annunciando di garantire accoglienza a tutti i profughi di quel paese che la chiedessero. Quest'ultima posizione, pur apprezzabile dal punto di vista umanitario, pone però il problema della cosiddetta "accoglienza selettiva". Non c'è dubbio che esistano situazioni gravi ed improvvise che hanno bisogno di risposte immediate, ma è difficile diversificare, in base alla nazionalità, persone che hanno gli stessi diritti. Ciò, peraltro, si pone in contrasto con la Convenzione di Ginevra del 1951 sul riconoscimento dello status di rifugiato, che vieta qualsiasi discriminazione nel beneficio dei diritti garantiti.

Un'ultima osservazione riguarda l'Italia, paese che, all'art. 10, comma 3, ha una disposizione costituzionale sul diritto d'asilo tra le più avanzate in Europa, stabilendo l'accoglienza per chi non gode dei diritti fondamentali, e quindi non soltanto per chi è perseguitato, come dispone la Convenzione di Ginevra del 1951. È noto tuttavia che, a tutt'oggi, manca una legge organica in materia che dia attuazione al principio costituzionale, e solo la "supplenza" del giudice ha talvolta ovviato a questa mancanza (si veda in particolare la decisione della Corte di Cassazione, Sez. unite civili, 26 maggio 1997, n. 4674). Il 26 maggio 2015 è stata presentata alla Camera una proposta di legge (n. 3146), concernente la "disciplina organica del diritto di asilo e di altre forme di protezione internazionale". Non è questa la sede per soffermarsi su questo testo, composto di ben 45 articoli. Preme rilevare però che, per la prima volta, nell'art. 25, si prospetta l'ipotesi, interessante e foriera di positivi sviluppi (sebbene anch'essa non priva di controindicazioni), per cui "*la domanda di protezione internazionale può essere presentata anche nello Stato d'origine del richiedente, previo colloquio presso l'ACNUR o altri organismi e ONG nazionali e internazionali presenti nello Stato che, a seguito dell'esito positivo di tale colloquio, provvedono a inviare la domanda per via telematica all'ambasciata o al consolato italiano competente per territorio*". La creazione di canali legali d'ingresso, attraverso l'esame della domanda nello Stato d'origine, sicuramente è idonea a prevenire quei "viaggi della speranza" che, soprattutto via mare, si sono mostrati così pericolosi per la vita umana.

Dopo le necessità umanitarie, da considerare sempre prioritarie, e la questio-

ne specifica dei richiedenti asilo, il terzo aspetto rilevante per la gestione del fenomeno migratorio in mare, come si è detto, è costituito dall'attività di prevenzione e repressione dei reati, sia dal punto di vista dell'esercizio di atti coercitivi nei confronti della nave e delle persone a bordo, sia per quel che concerne il titolo all'esercizio della giurisdizione, e ciò, ovviamente, con regole e modalità diverse a seconda degli spazi marini considerati. Davvero innovativa in materia è la recente giurisprudenza italiana, della Cassazione ma non solo, il cui comune denominatore è costituito dalla valutazione di condotte illecite, direttamente riconducibili ad un disegno criminoso unitario, che in parte si svolgono in spazi di giurisdizione italiana, in parte in alto mare. Questa giurisprudenza si occupa degli interventi delle Forze dell'ordine tesi a contrastare le nuove modalità escogitate dalle organizzazioni criminali impegnate nel traffico di esseri umani. All'analisi di questi casi sono dedicati, in particolare, gli scritti degli stessi operatori raccolti in questo volume, come già si è detto. Le organizzazioni criminali provocano molto spesso quello che in gergo si chiama "intervento SAR", e quindi un'operazione di soccorso, al fine di sfruttare, strumentalizzandole, le unità di polizia italiane. Una "nave madre", salpata dalle coste nordafricane, in alto mare trasferisce su gommoni o barchini di scarsa o nessuna sicurezza i migranti. A questo punto essa fa rotta verso il porto da cui era partita, non prima di aver lanciato un segnale di soccorso (S.O.S). Le unità di polizia italiane, ovviamente, non possono fare a meno di intervenire per motivi umanitari. Va ricordato che l'obbligo in questione, oltre che previsto dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979, è stato ribadito, proprio nei confronti dell'Italia dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (GC) *Hirsi Jamaa e altri*, del 22 febbraio 2012, più volte ricordata nei contributi presenti in questo volume, che ha chiarito anche l'ambito di validità del già ricordato obbligo di *non-refoulement* negli spazi marini, e cioè che l'alto mare è da equiparare ad una frontiera nazionale, con applicazione degli stessi principi, nel caso di "occupazione" da parte delle navi militari di uno Stato (nella specie l'Italia) impegnate nel soccorso e accertamento dello status di rifugiato delle persone a bordo. Ciò che è interessante in questa giurisprudenza sono le soluzioni adottate al fine di collegare l'intervento, anche in alto mare, nei confronti della c.d. "Nave madre", alla competenza giurisdizionale italiana e all'esercizio di poteri di coercizione da parte delle Forze di polizia italiane.

In conclusione, dalla lettura dei contributi di questo volume emerge con tutta la sua evidenza l'inadeguatezza dell'approccio nazionale ed europeo alla questione delle migrazioni. Viene da chiedersi, leggendo queste pagine, se la mancanza di strumenti normativi idonei risponda ad un disegno politico. L'aspetto incoraggiante, viceversa, è il contributo significativo della giurisprudenza italiana al tentativo di colmare i vuoti normativi attraverso soluzioni talvolta ardite ma che indubbiamente contribuiscono allo sviluppo progressivo del diritto internazionale in materia. Resta il fatto che le questioni giuridiche, come sottoli-



nea Tullio Scovazzi nel suo contributo, *“sono una parte soltanto di un problema molto più complesso. Gli attuali flussi di migranti clandestini costituiscono un dramma umano collettivo che è illusorio pensare di fronteggiare con una politica di chiusura da parte degli Stati sviluppati, a partire dagli Stati membri dell’Unione europea”*. A nostro avviso, è tempo di uscire dalla logica dell’emergenza e finalmente realizzare, da parte dell’Unione europea e dei singoli Stati, una reale e duratura politica di gestione delle migrazioni, che sia innanzitutto condivisa, e che dia attuazione al dettato del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Anche perché la vera emergenza, è noto, è quella Sud-Sud, con, ad esempio, quattro milioni di profughi siriani in Libano e Giordania, vale a dire in un territorio notevolmente più contenuto di quello dei 28 paesi dell’Unione. Qualsiasi decisione relativa alla gestione ordinaria dei flussi migratori non potrà pertanto mai negare i fondamenti del diritto dell’Unione, e quindi gli imperativi collegati alla “solidarietà” e al rispetto dei diritti umani. Per aggirare questa esigenza imprescindibile si cavalca invece l’onda dell’emergenza. A questa impostazione sono collegabili anche le strategie più recenti dell’Unione europea in materia, che tendono a mettere in rilievo la necessità di un approccio “militare” alla questione, attribuendo eccessiva enfasi ad una soltanto delle questioni in gioco, e cioè la repressione del traffico dei migranti. Si tratta senza dubbio di un fenomeno da combattere e tentare di debellare, ma esso non è che la conseguenza, non certo la causa, di una tragedia umana.

La storia ci insegna che le civiltà che hanno opposto muri all’arrivo di popolazioni migranti sono state presto travolte, mentre l’apertura e il “*melting pot*” hanno favorito lo sviluppo sociale, economico e civile degli Stati. L’Europa moderna è figlia della “via della seta” e cioè degli scambi tra culture stanziali e nomadi attraverso un corridoio aperto in cui fluiva la vita. È da più di un decennio, inoltre, che la ricerca sottolinea il nesso esistente tra migrazione e sviluppo locale non solo nei territori di accoglienza ma anche in quelli di origine grazie all’attivismo transnazionale che le diaspore, una volta integrate nel tessuto economico-sociale dei paesi di accoglienza, giocano a favore dei loro paesi. L’Europa ha scelto di fondare un’Unione sovranazionale abbattendo i muri. I cittadini stranieri residenti in Europa sono circa 35 milioni, l’8,4% della popolazione. In vent’anni, tra il 1990 e il 2010, l’Europa ha attratto 28 milioni di migranti, tre volte il numero di quelli arrivati tra il 1970 e il 1990. Lo sviluppo, la crescita dell’Europa è avvenuta grazie ad essi. Ma qual è il futuro, in questo tempo di crisi, di ritorno a nazionalismi e muri? Il futuro, in un’Europa che crolla demograficamente e vede la crescita nei prossimi vent’anni del 30% di anziani e il calo del 29% di giovani, è l’accoglienza di nuovi migranti; non come dovere sociale ma come progetto inevitabile per costruire il futuro della “casa comune” europea. L’Europa, con il suo coefficiente di crescita demografica dovuto, per tre quarti, all’apporto migratorio, può essere salvata insomma solo dai migranti.

Questi principi sono stati ribaditi, ed hanno dato luogo ad alcune proposte operative, in un recente incontro tra gli operatori del mare, delle migrazioni e

dei diritti umani (svoltosi il 15 maggio 2015 presso l'Università degli studi di Napoli "L'Orientale" a conclusione dello *Stakeholders' Workshop* dal titolo "*From Mare Nostrum to Triton and the Way Forward to Deal with Migration in the Mediterranean Sea*") nel corso del quale è stata elaborata la c.d. "*Carta di Napoli sulle proposte per affrontare le migrazioni nel Mar Mediterraneo*" (la si legga, nel sito [www.jmcmigrants.eu](http://www.jmcmigrants.eu) del "Centro di eccellenza Jean Monnet sulla tutela dei diritti dei migranti nel Mediterraneo"). I principi che sono stati messi in rilievo possono sintetizzarsi come segue:

a) Il quadro normativo internazionale in materia è inadeguato alle gestione delle migrazioni attraverso il Mediterraneo, poiché è stato adottato con lo scopo di disciplinare situazioni diverse dal fenomeno attuale di massicci flussi migratori. È necessario dunque uno sforzo finalizzato al rispetto in buona fede non solo degli obblighi che discendono dalle norme di diritto del mare, ma anche di quelli che derivano dalle norme poste a protezione dei rifugiati e a salvaguardia dei diritti dell'uomo;

b) Il quadro normativo nazionale è nella maggior parte dei casi poco chiaro e ambiguo; inoltre diverse disposizioni interne rischiano di criminalizzare l'assistenza umanitaria fornita ai migranti in difficoltà;

c) È necessario che siano riveduti i criteri utilizzati per valutare le nozioni di "luogo sicuro" e di "pericolo" in modo da renderle conformi agli standard derivanti dalle norme sui rifugiati e sui diritti dell'uomo ed evitare, quindi, il fenomeno dei respingimenti in mare e altre serie violazioni di tali norme;

d) Sebbene la società civile svolga un ruolo fondamentale e particolarmente apprezzabile, il suo intervento deve essere previsto per far fronte solo a situazioni temporanee ed emergenziali, e non come soluzione permanente al problema. Agli Stati è richiesto di investire le risorse necessarie per predisporre servizi di ricerca e soccorso efficace e sufficiente, e ciò in linea con quanto sancito dagli obblighi internazionali in materia;

e) La dimensione attuale del fenomeno migratorio nel Mare Mediterraneo va considerata come un fenomeno globale che, come tale, richiede un approccio comprensivo e sforzi condivisi tra gli Stati;

f) L'Unione europea dovrebbe rivalutare nel Mediterraneo il modello italiano dell'operazione *Mare Nostrum*, e *Frontex* dovrebbe svolgere in modo effettivo il suo duplice ruolo di coordinamento del sostegno operativo alle frontiere agli Stati membri che si trovano sotto la pressione dei flussi migratori e di ausilio nella protezione della vita dei migranti in mare;

g) occorre contrastare in modo più efficace il contrabbando e il traffico di migranti attraverso una maggiore cooperazione tra gli Stati;

h) Occorre incoraggiare l'adozione di norme internazionali che fissino chiari criteri per determinare il concetto di "luogo sicuro" presso cui sbarcare i migranti, e ciò al fine di garantire l'effettiva tutela dei diritti umani, il rispetto del

principio di *non-refoulement*, e una distribuzione più equa degli sforzi degli Stati membri di ospitare i sopravvissuti e soddisfarne diritti e bisogni;

i) Occorre migliorare ed allargare i canali di accesso legale all'Europa, attraverso una revisione del Sistema di Dublino, nel pieno rispetto del diritto d'asilo, così come sancito nell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al fine di garantire il diritto dei rifugiati alla libertà di circolazione in Europa e quello al ricongiungimento familiare, favorendo, nel contempo, la creazione di canali alternativi di accesso sicuro e regolare tramite visti umanitari, semplificazione degli spostamenti e dei ricongiungimenti familiari, allargamento dei programmi di lavoro, di ricerca e di studio;

l) Occorre infine sostenere le compagnie di navigazione nei loro sforzi per salvare vite umane, attraverso chiare e sicure procedure di sbarco e il rapido coordinamento delle operazioni di soccorso, in modo da ridurre al minimo i danni economici e le perdite finanziarie cui esse possano andare incontro per ottemperare all'obbligo di salvare i migranti in mare.



# IMMIGRAZIONE IRREGOLARE VIA MARE ED ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE: IL CONTESTO NORMATIVO INTERNAZIONALE E LA RECENTE PRASSI ITALIANA

*Irini Papanicolopulu* \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le fonti normative e il concetto di giurisdizione. – 3. Potere di regolare e di giudicare la condotta in mare. – 3.A. Giurisprudenza italiana. – 4. Poteri di intervento (*enforcement*) in alto mare. – 4.A. Autorizzazione dello Stato di bandiera. – 4.B. Trasporto di schiavi. – 4.C. Diritto di visita. – 4.D. Diritto di inseguimento. – 4.E. Presenza costruttiva. – 4.F. Navi senza bandiera. – 4.G. Autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. – 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

L'immigrazione irregolare via mare e i rischi che essa comporta, in primo luogo per i migranti e rifugiati direttamente coinvolti, pone complessi interrogativi etici e politici, come le recenti discussioni a livello nazionale ed europeo dimostrano<sup>1</sup>. In aggiunta, questo fenomeno solleva numerosi problemi giuridici, richiedendo un attento bilanciamento di diritti e doveri, che tuttavia non rechi pregiudizio ad alcuni principi fondamentali dei moderni ordinamenti democratici, *in primis* il diritto alla vita di tutti gli esseri umani.

Perfino nell'analizzare questo fenomeno da una prospettiva giuridica, non si può che provare solidarietà per persone che scappano da situazioni di conflitto e da gravi rischi per la loro persona, cercando asilo in Europa. Allo stesso tempo, occorre ricordare come il traffico di migranti costituisca attività illecita, frequentemente realizzata da organizzazioni criminali transfrontaliere che operano nel contesto della criminalità organizzata transnazionale e

---

\* Professore Associato di diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca.

<sup>1</sup> L'incipit della dichiarazione del Consiglio europeo, nella sua riunione straordinaria del 23 aprile 2015, è chiara: "La situazione nel Mediterraneo è drammatica". Il problema si pone, invero, anche per Stati in altri continenti, per esempio per l'Australia e gli Stati Uniti.

che traggono vantaggi illeciti da situazioni di disperazione<sup>2</sup>.

La molteplicità ed eterogeneità di queste considerazioni si riflettono in un articolato complesso di norme, che pongono obblighi diversi e concorrenti in capo agli Stati. Da un lato, lo stato ha l'obbligo di cercare di salvare le vite di coloro che corrono il rischio di perire in mare<sup>3</sup> e di non respingere i richiedenti asilo (principio di *non-refoulement*)<sup>4</sup>. Dall'altro, lo Stato ha l'obbligo di prevenire e punire il traffico illecito di migranti, perseguendo coloro che compiano questo reato. Questo secondo obbligo include a sua volta due aspetti: primo, occorre intervenire, anche in mare, al fine di interrompere il traffico di migranti e arrestare i trafficanti; secondo, occorre giudicare coloro che sono imputati di reati connessi all'immigrazione via mare, tra cui il traffico di migranti e il traffico di persone<sup>5</sup>. Mentre il primo aspetto ha formato l'oggetto di numerose analisi<sup>6</sup>, il secondo ha attratto meno attenzione da parte della dottrina<sup>7</sup>.

Intervenire in mare e processare gli individui coinvolti nel traffico irregolare di migranti presentano una serie di sfide per i sistemi nazionali, incluso quello italiano. In primo luogo, vi sono problemi pratici dovuti all'entità del fenomeno ed alla sua configurazione. Il traffico di migranti è ormai gestito da reti internazionali, che presentano strutture articolate distribuite sul territorio di più Stati e

---

<sup>2</sup> Come ha recentemente notato il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, le ingenti perdite di vite umane sono anche "the result of exploitation and misinformation by transnational criminal organisations which facilitated the illegal smuggling of migrants via dangerous methods for personal gain and with callous disregard for human life", UNSC Res. 2240(2015) del 9 ottobre 2015. Sul traffico di migranti in generale si veda UNODC, *Smuggling of Migrants. A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications*, New York, 2011, pp. 67-68.

<sup>3</sup> Come imposto dall'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982) (CNUDM). Sulla questione si vedano 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.

<sup>4</sup> Art. 33 Convenzione sullo status dei rifugiati (Ginevra, 1951) (Conv. Rif.). GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011.

<sup>5</sup> Si tratta di due fattispecie distinte, seppur spesso collegate. Sulla distinzione tra i due traffici si veda UNODC, "Human Trafficking", disponibile al sito <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html>.

<sup>6</sup> Tra i molti si vedano SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212; GOODWIN-GILL, *op. cit.* (supra, nota 4), p. 443.

<sup>7</sup> Si veda RONZITTI, *Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea*, in ANDO, MCWHINNEY & WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, 2002, II, p. 1271; LEANZA, GRAZIANI, *Poteri di "enforcement" e di "jurisdiction" in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La Comunità internazionale*, 2014, p. 163. La questione è stata prevalentemente studiata nell'ambito dell'analisi dei poteri di intervento degli stati in mare in generale. V. in particolare, PAPASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High Seas*, Oxford, 2014, pp. 259-308 e GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, 2009, pp. 180-231.

formate da individui con competenze e responsabilità diverse<sup>8</sup>. Questa, che forse rappresenta la maggiore difficoltà oggi affrontata dagli Stati, non sarà tuttavia trattata in questo saggio, in quanto è di tipo prevalentemente terrestre<sup>9</sup>.

In secondo luogo, vi sono una serie di problematiche strettamente legate al traffico di migranti via mare. Tra di esse, l'evoluzione delle tecniche usate dai trafficanti ha comportato un progressivo allontanamento delle operazioni dalla costa, e quindi dalle zone marine su cui lo Stato costiero esercita i propri poteri sovrani. Inoltre, il traffico di migranti spesso prevede l'utilizzo di più imbarcazioni e il trasbordo dei migranti o dei trafficanti. Questa tecnica permette ai trafficanti di abbandonare la nave con i migranti a centinaia di miglia dalle coste e ben al di fuori delle zone marine sottoposte a giurisdizioni nazionale. Infine, i trafficanti spesso usano navi prive di bandiera, e quindi non sottoposte alla giurisdizione di uno Stato specifico.

Queste circostanze si traducono in tre distinti, seppur concatenati, problemi giuridici. Il primo riguarda la liceità di norme italiane che puniscano coloro che commettono atti al di fuori della giurisdizione nazionale. Il secondo riguarda l'esistenza o meno di norme che permettano all'Italia di esercitare la propria autorità esecutiva su imbarcazioni e persone che si trovano al di fuori del territorio dello Stato. Il terzo problema concerne la competenza dei giudici italiani a giudicare persone cui sono imputati i reati di cui al primo punto, soprattutto laddove queste persone siano state fermate in alto mare. Sono questioni con una rilevanza necessariamente internazionale, a causa della nazionalità delle persone coinvolte, delle aree spesso oltre la giurisdizione nazionale in cui si svolgono e dell'uso di imbarcazioni battenti varie bandiere (o nessuna). Tuttavia, il diritto internazionale, sia consuetudinario che pattizio, non sempre fornisce indicazioni precise in merito. In assenza di decisioni internazionali, la prassi statale risulta utile a stabilire il contenuto delle norme internazionali. In particolare, la giurisprudenza italiana ha affrontato queste questioni a più riprese, contribuendo alla delucidazione dei principi vigenti in materia e alla loro applicazione ai fatti concreti del traffico di migranti.

Questo contributo si propone di presentare gli sviluppi più recenti della giurisprudenza dei giudici italiani in materia di esercizio della giurisdizione per prevenire e sanzionare il traffico di migranti. Al fine di meglio comprendere l'impatto di tale giurisprudenza sull'interpretazione del diritto internazionale, sia generale che pattizio, il capitolo si propone di contestualizzare tale prassi alla luce dei principi sull'esercizio della giurisdizione in materia di traffico di migranti

---

<sup>8</sup> Si veda la ricostruzione del giudice operata nell'ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria del 18 ottobre 2013, doc. n. 30 in allegato al presente volume, e la sentenza del Tribunale di Reggio Calabria del 16 maggio 2014, n. 223, doc. n. 33 in allegato al presente volume.

<sup>9</sup> Sulla lotta al crimine transnazionale PONTI, *Crimini Transnazionali e diritto internazionale*, Milano, 2010.

via mare. Dopo aver presentato il contenuto delle norme applicabili, il contributo presenterà alcune pronunce significative dei giudici di merito e di legittimità, al fine di ricostruire l'orientamento della giurisprudenza italiana in materia e di esaminare la congruità di questi orientamenti con il dato normativo internazionale.

## 2. *Le fonti normative e il concetto di giurisdizione*

Il contesto normativo di riferimento è composto da norme di diritto del mare, principalmente contenute nella CNUDM<sup>10</sup> che codifica il diritto consuetudinario in materia, e da alcune norme speciali contenute in strumenti pattizi. Tra questi ultimi, assume particolare rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata (Palermo, 2000) (Convenzione TOC) e il suo Protocollo per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (Palermo, 2000) (Protocollo di Palermo)<sup>11</sup>. L'Italia è parte ad entrambi i trattati.

Prima di passare all'esame di queste norme, appare preliminarmente utile una precisazione terminologica riguardo al termine "giurisdizione" (*jurisdiction*) e al suo contenuto. In italiano, il termine "giurisdizione" si usa per identificare la competenza dei giudici di uno Stato di conoscere di una questione. Così il codice di procedura penale, all'art. 1, parla di giurisdizione penale con riferimento alla competenza dei giudici penali. Nella terminologia anglosassone, che è stata ripresa nei trattati internazionali rilevanti, "giurisdizione" ha un significato più ampio, che include il potere di qualsivoglia organo dello Stato – legislativo, esecutivo e giudiziario – di fare e imporre il diritto, oltre che di giudicare in base a tale diritto<sup>12</sup>. In questo scritto, ed in linea con il dettato degli strumenti internazionali analizzati, si utilizzerà quest'ultima nozione.

La giurisdizione si può scindere in tre aspetti<sup>13</sup>. Il primo, che si può definire come giurisdizione normativa (riprendendo il termine anglosassone *legislative jurisdiction*), consiste nel potere dello stato di regolare, per mezzo di atti normativi, condotte. Il secondo, la c.d. giurisdizione attuativa (*enforcement jurisdiction*) consiste nel potere dello stato di attuare coercitivamente le proprie norme giuridiche. In mare, la giurisdizione attuativa può assumere varie forme, da quelle meno invasive (osservazione, richiesta di informazioni sulla nazionalità di un'imbarcazione, controllo dei documenti) a quelle che comportano interventi di polizia, quali la visita di un'imbarcazione, la sua ispezione, l'arresto e la detenzione di persone e

---

<sup>10</sup> La CNUDM è entrata in vigore nel 1994.

<sup>11</sup> La Convenzione TOC e il Protocollo di Palermo sono entrati in vigore nel 2003.

<sup>12</sup> LOWE, STAKER, *Jurisdiction*, in EVANS (ed.), *International Law*, Oxford, 2010, p. 313.

<sup>13</sup> Risoluzione del Consiglio d'Europa (68) 17 del 28 giugno 1968.



beni<sup>14</sup>. Il terzo aspetto – che spesso viene considerato come espressione ora della giurisdizione normativa ora di quella attuativa – consiste nella giurisdizione giudiziaria (*adjudicative jurisdiction*) vale a dire il potere delle corti di uno stato di applicare le norme e imporre le sanzioni da esse previste<sup>15</sup>.

Mentre la giurisdizione dello Stato sul suo territorio, incluse le acque interne, è generale e completa – vale a dire, include il potere legislativo, esecutivo e giudiziario – il diritto di esercitare giurisdizione in mare, attribuito dal diritto internazionale, non sempre contiene tutte e tre le componenti. Occorre perciò fare riferimento alle norme di volta in volta rilevanti, che saranno illustrate nei paragrafi seguenti.

### 3. *Potere di regolare e di giudicare la condotta in mare*

Un primo problema che lo Stato costiero deve affrontare nella lotta contro il traffico di migranti riguarda la possibilità di regolare condotte che hanno luogo in mare, eventualmente imponendo sanzioni per la violazione di obblighi imposti dal legislatore nazionale. In concreto, occorre verificare la capacità dello Stato di regolare il traffico di migranti via mare, tra l'altro criminalizzando le attività di traffico, quelle accessorie e quelle collegate, e prevedendo sanzioni per gli autori degli illeciti (trafficienti). Questa questione può a sua volta essere divisa in due sottoquestioni: potere di legiferare e potere di giudicare. La prima sottoquestione riguarda il potere dello Stato di regolare determinate attività. Il quesito si pone nei seguenti termini: può il legislatore italiano proibire determinate condotte, quali il traffico di migranti, e stabilire sanzioni per chi non rispetti tali divieti? La seconda sottoquestione riguarda la competenza dei giudici di giudicare persone cui è imputata la violazione di una norma. In altri termini, può il giudice italiano giudicare individui che sono stati fermati in mare perché imputati di reati ivi compiuti? In entrambi i casi, la risposta dipende sia dal diritto internazionale che dalla normativa nazionale e varia in relazione alla zona marina considerata.

Secondo un principio fondamentale del diritto internazionale consuetudinario, lo Stato ha sovranità sul suo territorio, incluso il mare territoriale<sup>16</sup>. La sovranità

---

<sup>14</sup> GUILFOYLE, *op. cit.* (*supra*, nota 7), p. 9.

<sup>15</sup> Sull'indipendenza tra potere normativo e potere giudiziario in materia penale v. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, p. 20 ss. In senso contrario LOWE, STAKER, *op. cit.* (*supra*, nota 12).

<sup>16</sup> Art. 2 CNUDM. Il principio, già riconosciuto nei secoli precedenti (SCOVAZZI, *The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2000, p. 39, pp. 64-65) ed incorporato nella bozza di articoli presentata alla Conferenza dell'Aia del 1930, è stato enunciato nell'art. 1 Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua (Ginevra, 1958) (CHURCHILL, LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, pp. 71-72).

comporta il potere dello stato di regolare tutte le attività che ivi hanno luogo. L'unico limite ai poteri dello Stato costiero è costituito dal diritto di passaggio inoffensivo, attribuito a tutti gli altri Stati<sup>17</sup>. Questo limite tuttavia non è applicabile nel caso di immigrazione via mare. Infatti, ai sensi dell'art. 19 CNUDM, il passaggio di una nave non è considerato inoffensivo se è "pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero" ed in particolare se esso comporta "il carico o lo scarico di beni, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero". Di conseguenza, il passaggio di una nave che trasporta migranti che sono entrati clandestinamente nel mare territoriale e si dirigono verso le coste dello Stato con l'intenzione di sbarcarvi non può essere considerato inoffensivo. In conclusione, lo Stato può sanzionare il traffico di migranti che avviene nel suo mare territoriale.

I restanti spazi marini sono considerati come zone su cui nessuno Stato ha piena sovranità. L'assenza di uno stato che abbia piena sovranità ha comportato lo sviluppo di una serie di norme che spartiscono tra vari stati il potere di regolare ed attuare norme giuridiche<sup>18</sup>. Tali norme fanno riferimento al tipo di attività e alla zona di mare in cui questa si svolge. In particolare, il diritto del mare, come codificato nella CNUDM, attribuisce giurisdizione agli stati in base a due criteri principali: quello della nazionalità della nave e quello territoriale.

Per quanto riguarda in particolare il contrasto al traffico di migranti, allo stato costiero è attribuito il potere di adottare azioni per prevenire e punire la violazione delle proprie leggi in materia di immigrazione anche oltre il mare territoriale, fino al limite esterno della zona contigua. La zona contigua si estende fino a 24 m.n. dalle linee di base<sup>19</sup> e deve essere espressamente istituita dallo Stato costiero<sup>20</sup>. In essa lo Stato costiero può adottare azioni per prevenire e reprimere le violazioni commesse, nel suo territorio o nel suo mare territoriale, della propria normativa in materia di immigrazione.

Oltre la zona contigua, le acque sono divise tra zona economica esclusiva, che si estende fino a 200 m.n. dalle linee di base<sup>21</sup>, e alto mare, che comprende le restanti aree<sup>22</sup>. Nella zona economica esclusiva, lo Stato costiero gode di diritti sovrani in materia di sfruttamento delle risorse e di giurisdizione in materia di

---

<sup>17</sup> Art. 17 CNUDM.

<sup>18</sup> Sulla questione PAPANICOLOPULU, *A Missing Part of the Law of the Sea Convention: Addressing Issues of State Jurisdiction over Persons at Sea*, in KWON, SCHOFIELD, LEE (eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Leiden, 2014, p. 387; SHEARER, *Problems of Jurisdiction and Law Enforcement Against Delinquent Vessels*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 320.

<sup>19</sup> Art. 33 CNUDM.

<sup>20</sup> Per una discussione circa l'esistenza o meno della zona contigua italiana vedasi il contributo di MUSSI in questo volume.

<sup>21</sup> Art. 57 CNUDM.

<sup>22</sup> Art. 86 CNUDM.

ricerca scientifica, protezione dell'ambiente marino e installazioni e isole artificiali. Poiché in questa zona allo Stato costiero non sono attribuiti diritti particolari in tema di contrasto al traffico di migranti, essa può essere equiparata all'alto mare. Nel prosieguo della discussione si farà quindi riferimento solo all'alto mare, ritenendosi la zona economica esclusiva sussunta in esso.

In alto mare, il principio generale prevede la giurisdizione principale dello Stato di bandiera dell'imbarcazione. Lo Stato di bandiera può regolare le attività che hanno luogo sull'imbarcazione o per mezzo dell'imbarcazione, ovunque questa si trovi<sup>23</sup>. Tra l'altro, lo Stato di bandiera può vietare l'utilizzo di imbarcazioni per il trasporto di migranti irregolari e può punire condotte contrarie a tale divieto.

Vi è tuttavia disaccordo circa il carattere esclusivo o meno di questo potere. Mentre vi è chi ritiene che uno Stato non possa regolare condotte di navi battenti bandiera straniera che hanno luogo al di fuori del proprio territorio, se non in base ad una norma che lo permetta espressamente, altri ritengono che il potere normativo dello Stato non sottostia a limiti, se non quelli pratici derivanti dall'assenza di potere coercitivo<sup>24</sup>.

La questione non è risolta dalla CNUDM. L'art. 92, relativo all'alto mare ma applicabile anche alla zona economica esclusiva in virtù dell'art. 58, par. 2 CNUDM, prevede che

“[s]hips shall sail under the flag of one State only and, save in exceptional cases expressly provided for in international treaties or in this Convention, shall be subject to its exclusive jurisdiction on the high seas”.

L'uso del termine “jurisdiction”, senza ulteriori qualificazioni, farebbe propendere per un'interpretazione estensiva dello stesso, che includa sia la competenza normativa che quella attuativa. Una simile conclusione è supportata dalla previsione di eccezioni, che fanno riferimento sia a poteri di polizia che alla competenza giudiziaria<sup>25</sup>. Occorre inoltre ricordare come nella sua giurisprudenza il Tribunale del Diritto del Mare ha più volte fatto riferimento alla nave come ad un insieme unico, che comprende sia lo scafo che le persone a bordo a prescindere dalla loro nazionalità, e sulla quale lo Stato di bandiera esercita la sua piena giurisdizione<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Art. 92 CNUDM.

<sup>24</sup> Sul quale *infra*, par. 4.

<sup>25</sup> Tra cui l'art. 105 CNUDM, sull'esercizio di azioni giudiziarie nei confronti di pirati, e l'art. 109, par. 3 CNUDM, sull'azione nei confronti di chi effettua trasmissioni radiofoniche non autorizzate.

<sup>26</sup> Si vedano ITLOS, sentenza sul caso *The M/V “Saiga” (No. 2)* del 1 luglio 1999, parr. 105-106, e Tribunale arbitrale, lodo sul caso *Arctic Sunrise* del 14 agosto 2015, parr. 170-172.

Tuttavia, rimane il fatto che le persone a bordo di un'imbarcazione restano pur sempre *anche* sotto la giurisdizione dello Stato di cui hanno la nazionalità. Tale tesi è corroborata dall'art. 97 CNUDM, relativo alla responsabilità penale da collisioni o altri incidenti della navigazione, che prevede la giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera e dello Stato di nazionalità dell'autore<sup>27</sup>. Ne consegue che uno Stato può sanzionare il traffico di migranti commesso dai propri cittadini, anche qualora questi usino imbarcazioni battenti bandiera diversa. Questa conclusione è ulteriormente rafforzata dal combinato disposto del Protocollo di Palermo e della Convenzione CTO, che permettono agli Stati parte di esercitare la propria giurisdizione in materia di crimini previsti dal Protocollo di Palermo anche nei confronti di persone che abbiano la loro nazionalità<sup>28</sup>. Similmente, è ampiamente accettato che uno Stato possa esercitare la propria funzione normativa anche qualora il reato contemplato abbia come vittima un suo cittadino. Questo principio è ripreso nell'art. 15, par. 2, lett. c) Convenzione TOC nonché da trattati in materia di sicurezza della navigazione<sup>29</sup>.

Un terzo nesso giurisdizionale, il cosiddetto criterio protettivo, che consisterebbe nel danno sofferto, realmente o potenzialmente, dallo Stato che regola la condotta è più dibattuto. Esso è stato tuttavia incorporato in una serie di recenti strumenti pattizi che, oltre a renderlo applicabile tra gli Stati parte, dimostrerebbero un sempre più ampio riconoscimento della sua rilevanza<sup>30</sup>.

Sembrirebbe così preferibile la diversa tesi, in base alla quale uno Stato può regolare anche atti che hanno luogo fuori dal proprio territorio e dalle proprie imbarcazioni, qualora vi sia un altro criterio di collegamento tra la condotta e lo Stato stesso, per esempio la nazionalità del reo o della vittima, oppure il danno causato allo Stato stesso dalla condotta illecita. Condizione per l'esercizio della giurisdizione, in questi casi, è che l'attuazione di queste norme abbia luogo all'interno del territorio dello Stato, come indicato già nel 1927 dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso *Lotus*<sup>31</sup>. Vale a dire che l'azione dei giudici si svolga, come peraltro naturalmente avviene, sul territorio dello Stato italiano.

---

<sup>27</sup> CHURCHILL, LOWE, *op. cit.* (*supra*, nota 16), p. 209, ritengono che in questo caso la giurisdizione dello Stato di bandiera sia quella primaria.

<sup>28</sup> Art. 15, par. 2, lett. b) Convenzione TOC e art. 1, par. 2 Protocollo di Palermo. Si vedano anche, per previsioni analoghe, art. 6, par. 1, lett. c) Convenzione per la repressione di atti illegali contro la sicurezza della navigazione marittima (Roma, 1988) (Convenzione SUA) e art. 4, par. 1, lett. b) i) Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope (Vienna, 1988).

<sup>29</sup> Art. 6, par. 2, lett. b) Convenzione SUA.

<sup>30</sup> Art. 4, par. 1, lett. b) iii) Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope.

<sup>31</sup> In questo senso la Corte Permanente di Giustizia Internazionale nella sentenza sul caso *Lotus* del 7 settembre 1927, PCIJ, *Collection of Judgments*, Series A, no. 10, p. 19.

Una problematica collegata riguarda la natura di tale potere. È esso un potere generale e concorrente con quello dello Stato di bandiera, oppure si tratta di un'eccezione a quella che è la giurisdizione, altrimenti esclusiva, dello Stato di bandiera? La questione, che può assumere grande rilevanza in assenza di norme apposite, non rileva peraltro per il caso di traffico di migranti, dato che in questo caso la giurisdizione di altri Stati è prevista espressamente dal combinato disposto dell'art. 3 Convenzione TOC e art. 6 Protocollo di Palermo.

### 3.A. Giurisprudenza italiana

La recente giurisprudenza italiana ha sfruttato le possibilità date dai principi generali in tema di giurisdizione e da norme pattizie apposite, al fine di giustificare sia l'esercizio del potere regolamentare da parte del legislatore italiano, sia la competenza delle corti italiane.

Una prima modalità utilizzata consiste nel fare riferimento al luogo in cui si producono gli effetti del reato, rifacendosi all'art. 6 cod. pen., che considera un reato commesso nel territorio dello Stato quando ivi si è verificato l'evento che è conseguenza dell'azione. Dato che il reato contestato ai trafficanti di migranti consiste nel favorire l'ingresso di stranieri nel territorio italiano, l'effettivo ingresso delle persone trasportate in Italia (che, si ricordi, include anche il mare territoriale ai sensi dell'art. 2 cod. nav.) è sufficiente a far sì che il reato si ritenga avvenuto sul territorio italiano, anche se i trafficanti non entrano in tale territorio. In questo senso si era espresso, già nel 2001, il Tribunale di Crotone nel caso relativo alla nave *Cemil Pamuk*<sup>32</sup>.

Il caso *Cemil Pamuk*, uno dei primi ad essere sottoposti all'esame del giudice italiano, riguardava traffico di migranti svolto con l'utilizzo di due pescherecci. Dopo aver viaggiato sulla nave madre, i migranti venivano trasbordati su un'imbarcazione diversa a circa 100 miglia dalle coste italiane. Quest'ultima nave, con a bordo 353 persone, riprendeva la rotta verso le coste, mentre la nave madre, con a bordo gli imputati, si allontanava. La nave madre veniva poi fermata da due guardacoste in alto mare e gli 11 imputati venivano arrestati e portati in porto italiano. Il Tribunale di Crotone considera che vi sia competenza dei giudici italiani a giudicare gli imputati in quanto "l'evento consequenziale alla condotta incriminata, costituito dall'ingresso dei clandestini nelle nostre acque territoriali, si è svolto nel territorio italiano" e quindi si applica l'art. 6, comma 1 e 2, cod. pen. Pur non facendovi espresso riferimento, il Tribunale di Crotone, nell'applicare il criterio dell'art. 6, commi 1 e 2 cod. pen., si rifà al criterio protettivo.

---

<sup>32</sup> Sentenza del Tribunale di Crotone del 12 settembre 2001, n. 1118, doc. n. 26 in allegato al presente volume. Sul caso *Cemil Pamuk* si veda anche il contributo di ANTONUCCI, FANTINATO E CAIAZZA in questo volume.

Una seconda costruzione utilizzata dai giudici italiani al fine di consolidare la propria competenza, anche nei casi in cui i trafficanti non abbiano accompagnato i migranti trasportati fino al confine italiano, si basa su una considerazione ampia del comportamento incriminato. Facendo leva anche sulla Convenzione TOC e sul Protocollo di Palermo, i giudici di merito hanno iniziato a guardare al singolo episodio di traffico di migranti non più come un viaggio isolato, ma come parte di una condotta più complessa posta in essere da un'organizzazione criminale. Da un lato, la navigazione in mare viene così vista come parte di un'operazione più ampia, che include anche attività prodromiche svolte negli Stati di partenza dei migranti, negli Stati di transito, e, infine, sul territorio italiano.

In questo senso si è pronunciato il Tribunale di Catania con Ordinanza del 16 settembre 2013<sup>33</sup> affermando che il traffico di migranti è reato a condotta libera e consumazione anticipata. Nel caso in esame erano di nuovo coinvolte due imbarcazioni, la nave madre che rimane nelle mani dei trafficanti e la nave “a perdere” sulla quale vengono trasbordati i migranti. In questo caso, vi è un inseguimento da parte di mezzi aeronavali appartenenti a più Stati ed operanti nell'ambito di un'operazione FRONTEX. La nave “a perdere” viene intercettata a circa 68 m.n. dalle coste italiane e i migranti vengono trasbordati sulle imbarcazioni italiane, a causa delle precarie condizioni di galleggiabilità del loro natante. I migranti raggiunsero così il territorio italiano non attraverso l'imbarcazione messa a disposizione dai trafficanti, ma perché condotti dalla Guardia di Finanza, che aveva proceduto al salvataggio.

Il giudice italiano non considera tuttavia che questo cambio di imbarcazione interrompa il nesso di causalità tra l'attività di preparazione dello sbarco, organizzata anche in Italia come emerge dal materiale probatorio, e l'ingresso illegale nel territorio italiano. La nave madre, apparentemente priva di nazionalità, viene quindi intercettata e scortata fino a Catania. Perché sussista la giurisdizione italiana è pertanto sufficiente che un frammento di condotta preparatoria del reato contestato sia stata consumata in Italia – in altre parole, basta che una persona che si trovi sul suolo italiano sia stata coinvolta nel programmare l'ingresso dei migranti in Italia – anche se l'ingresso effettivo avviene ad opera di soggetti diversi ed estranei all'organizzazione criminale.

L'entrata in vigore della Convenzione TOC e del Protocollo di Palermo ha permesso di consolidare la competenza del giudice penale italiano per il giudizio di persone coinvolte nel traffico di migranti. Come ha rilevato il Tribunale di Reggio Calabria nel caso deciso con ordinanza del 18 ottobre 2013<sup>34</sup>, questi due trattati, incorporando il principio protettivo, permettono ad uno Stato di esercitare la propria giurisdizione penale anche nei confronti di reati commessi al di

---

<sup>33</sup> Ordinanza di convalida del fermo e di applicazione della misura cautelativa della custodia in carcere del Tribunale di Catania del 16 settembre 2013, doc. n. 29 in allegato al presente volume.

<sup>34</sup> Ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria del 18 ottobre 2013, doc. n. 30 in allegato al presente volume.