

L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea

a cura di

Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Marta Cartabia, *Giudice della Corte Costituzionale*

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Alessandra Daccò

Filippo Danovi

Loredana Garlati

Costanza Honorati

Bruno Inzitari

Alberto Maffi

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Margherita Ramajoli

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Francesco Tesauro

L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea

a cura di

Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0376-4

Questo volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Il volume è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Editoriale della Collana, in conformità con le previsioni del Regolamento.

L'opera ha ottenuto altresì la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile nel sito www.giurisprudenza.unimib.it

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
Premessa	XIII
<i>Tullio Scovazzi</i>	
Introduzione	XV
<i>Giuseppe Cataldi</i>	

CONTRIBUTI

Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana

Irini Papanicolopulu

1. Premessa	1
2. Le fonti normative e il concetto di giurisdizione	4
3. Potere di regolare e di giudicare la condotta in mare	5
3.A. Giurisprudenza italiana	9
4. Poteri di intervento (<i>enforcement</i>) in alto mare	12
4.A. Autorizzazione dello Stato di bandiera	14
4.B. Trasporto di schiavi	15
4.C. Diritto di visita	16
4.D. Diritto di inseguimento	16
4.E. Presenza costruttiva	17
4.F. Navi senza bandiera	19
4.G. Autorizzazione del Consiglio di Sicurezza	21
5. Conclusioni	21

Il dilemma dell'esistenza e dei poteri esercitabili nella zona contigua italiana

Francesca Mussi

1. Premessa	23
2. L'esistenza della zona contigua italiana	25

	<i>pag.</i>
3. L'esercizio di poteri giurisdizionali e sanzionatori da parte dello Stato italiano nella zona contigua	33
4. Conclusioni	42
Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze	
<i>Tullio Scovazzi</i>	
1. Premessa	45
2. Il naufragio della Kater i Rades	46
2.A. I dati di fatto	47
2.B. Le decisioni degli organi giudiziari	53
2.C. Le norme di diritto internazionale sulla tutela della vita umana in mare	55
2.D. I due accordi tra Albania e Italia	56
2.E. "Affiancando fino a toccare"	59
2.F. Considerazioni conclusive	61
3. Il siluro intelligente e il raggio accecante	62
4. Il respingimento in mare dei migranti clandestini	66
4.A. La mancanza di un diritto di immigrare	66
4.B. Il diritto a essere soccorso in mare	67
4.C. Il diritto a non essere respinto verso un luogo dove si rischia la tortura	68
4.D. Il diritto di chiedere asilo	69
5. I respingimenti effettuati dall'Italia	74
5.A. <i>Hirsi Jamaa</i> e altri c. Italia	74
5.B. Le modalità di esecuzione dei respingimenti	77
6. Considerazioni conclusive	81
Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare	
<i>Marco Cottone</i>	
1. Premessa	85
2. Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e il caso Cap Anamur: la decisione del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009	88
3. Il reato di danneggiamento di attrezzature di navigazione in alto mare	104
4. Il sequestro probatorio di nave in pendenza di procedimento per immigrazione clandestina	106

pag.

L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare, con particolare riguardo alle operazioni aeronavali della Guardia di Finanza nel contrasto ai trafficanti di migranti nel Mediterraneo

Amedeo Antonucci, Pasquale Caiazza e Marco Fantinato

1. Premessa	110
2. Le operazioni aeronavali della Guardia di Finanza in acque internazionali e l'utilizzo degli strumenti giuridici offerti dal diritto internazionale per la risoluzione delle problematiche operative di polizia nel contrasto ai trafficanti di migranti	111
3. Caso "Cemil Pamuk" – Diritto di visita, presenza costruttiva e diritto di inseguimento – Nave priva di nazionalità	113
3.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro del peschereccio Cemil Pamuk	113
3.B. Gli istituti di diritto internazionale utilizzati: inchiesta di bandiera e diritto di visita; nave priva di nazionalità	117
3.C. La condanna dei trafficanti	120
4. Caso "Zora" – Nave con bandiera di convenienza	122
4.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro della imbarcazione a vela falsamente denominata Zora	122
4.B. Gli istituti di diritto internazionale applicati nel caso Zora: nave con bandiera di convenienza	124
4.C. La condanna dei trafficanti	125
5. Caso "Monica" – Autorizzazione dello Stato di bandiera ad ispezionare una propria nave in alto mare	126
5.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro della nave Monica; l'autorizzazione dello Stato di bandiera	126
5.B. L'autorizzazione dello Stato di bandiera ad ispezionare una propria nave in alto mare	127
6. Caso "Never More" – Nave madre priva di nazionalità	128
6.A. L'operazione aeronavale "Never More" ed il sequestro del peschereccio utilizzato quale "nave madre" priva di nazionalità	128
6.B. Le conferme giurisprudenziali	131
7. Caso "Sheri" – Un chiaro esempio di legittima applicazione della presenza costruttiva e del diritto di inseguimento, iniziato nella zona contigua	133
7.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro dell'imbarcazione a vela Sheri	134
7.B. La legittimità confermata dalla sentenza n. 29182 del 21 luglio 2011 della Corte di Cassazione	135
8. Caso "Tusa" – Reato di danneggiamento di attrezzature di navigazione in alto mare	136
8.A. L'operazione aeronavale con il sequestro dell'imbarcazione Tusa	136
8.B. L'applicazione della Convenzione per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marittima	138

	<i>pag.</i>
9. Sulla “zona contigua”	139
9.A. La normativa interna ed internazionale sulla zona contigua	139
9.B. Sentenza n. 32960 in data 5 maggio 2010 della Corte di Cassazione, sul fermo della nave Cengizhan, battente bandiera turca	142
9.C. Sentenza n. 42 del 7 giugno 2012, depositata il 21 giugno 2012, del Giudice di Pace di Alessano	144
10. Caso “Deep Sea” – Il “frammento essenziale” del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, reato a condotta libera e commissione anticipata	145
10.A. Il frammento essenziale e la sussistenza della giurisdizione penale italiana	146
11. Le operazioni aeronavali internazionali promosse dall’agenzia europea Frontex: regole di ingaggio in mare ed aspetti di rilevanza internazionale	149
12. Conclusioni	152
Le forme di contrasto al fenomeno dell’immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo nell’ambito dell’Unione europea	
<i>Ilaria Tani</i>	
1. Un breve inquadramento del problema in fatto e in diritto	155
2. Un richiamo allo stato attuale delle politiche dell’Unione europea in tema di immigrazione irregolare e di protezione internazionale	162
3. La posizione dell’Unione europea rispetto all’operazione italiana Mare Nostrum	176
4. La gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea: alcune criticità	186
5. La sorveglianza delle frontiere marittime esterne degli Stati membri dell’Unione europea: ulteriori criticità	196
6. Le operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime esterne ospitate dallo Stato italiano	225
7. L’approccio militarista a un problema umanitario: le più recenti strategie dell’Unione europea e l’intervento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite	235

DOCUMENTI on line

(disponibili alla pagina www.giappichelli.it/9210376.html)

PARTE I – Norme

A. Norme internazionali

1. Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo *status* dei rifugiati (Ginevra, 28 luglio 1951) [Estratti]
2. Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (Amburgo, 27 aprile 1979), resa esecutiva con legge 3 aprile 1989, n. 147 [Estratti]
3. Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 10 dicembre 1982) [Estratti]
4. Convenzione per la repressione di atti illegali contro la sicurezza della navigazione marittima, con protocollo per la repressione dei reati diretti contro la sicurezza delle installazioni fisse sulla piattaforma continentale (Roma, 10 marzo 1988), resa esecutiva con legge 28 dicembre 1989, n. 422
5. Protocollo tra Albania e Italia del 2 aprile 1997 di attuazione dello scambio di lettere del 25 marzo 1997 e Scambio di lettere tra il governo della Repubblica Italiana e il governo della Repubblica di Albania relativo alla collaborazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l'ordine giuridico nei due paesi e l'immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l'Albania del 25 marzo 1997
6. Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (Palermo, 12 dicembre 2000), reso esecutivo con legge 16 marzo 2006, n. 146
7. Protocollo alla Convenzione per la repressione di atti illegali contro la sicurezza della navigazione marittima (Londra, 14 ottobre 2005)
8. Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 2240 (2015), del 9 ottobre 2015

B. Norme dell'Unione europea

9. Regolamento n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, come modificato da ultimo dal Regolamento n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013
10. Regolamento n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013 che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)
11. Conclusioni del Consiglio europeo, del 24-25 ottobre 2013 [Estratti]
12. Regolamento n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea

13. Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015, relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED)
14. Decisione (PESC) 2015/972 del Consiglio, del 22 giugno 2015, relativa all'avvio dell'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED)
15. Annesso alla raccomandazione della Commissione, del 15 dicembre 2015 che adotta il manuale pratico per l'attuazione e la gestione del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (manuale EUROSUR)

C. Norme italiane

16. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 (Codice penale) [Estratti]
17. Regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303 (Codice penale militare di pace) [Estratti]
18. Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione) [Estratti]
19. Costituzione della Repubblica Italiana (22 dicembre 1947) [Estratti]
20. Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato, da ultimo, dal D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 aprile 2015, n. 43, e dalla L. 29 luglio 2015, n. 115 [Estratti]
21. Decreto interministeriale del 14 luglio 2003, Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina
22. Decreto legislativo 28 gennaio 2005, n. 25 (Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato)

D. Altri atti

23. Lettera di Tonga del 16 marzo 2002
24. Direttiva della Direzione Nazionale Antimafia relativa alle associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e ai navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali del 9 gennaio 2014
25. Carta di Napoli sulle proposte per affrontare le migrazioni nel Mare Mediterraneo del 20 giugno 2015

PARTE II – Atti giudiziari

A. Giurisdizione italiana

26. Sentenza del Tribunale di Crotone del 12 settembre 2001, n. 1118
27. Sentenza del Tribunale di Lecce dell'11 gennaio 2012, n. 20
28. Sentenza della Corte di Cassazione del 1° febbraio 2013, n. 9816
29. Ordinanza di convalida del fermo e di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere del Tribunale di Catania del 16 settembre 2013 [Estratti]
30. Ordinanza di convalida di fermo e di contestuale emissione di ordinanza di custodia cautelare del Tribunale di Reggio Calabria del 18 ottobre 2013 [Estratti]

31. Sentenza del Tribunale di Catania del 20 febbraio 2014, n. 1670
32. Sentenza della Corte di Cassazione del 28 febbraio 2014, n. 720
33. Sentenza del Tribunale di Reggio Calabria del 16 maggio 2014, n. 223
34. Sentenza della Corte di Cassazione del 23 maggio 2014, n. 36052
35. Sentenza della Corte di Cassazione del 10 dicembre 2014, n. 3345

B. Zona contigua italiana

36. Sentenza della Corte di Cassazione del 5 maggio 2010, n. 32960
37. Sentenza della Corte di Cassazione del 18 marzo 2011, n. 29182
38. Sentenza del Giudice di Pace di Alessano del 22 settembre 2011
39. Sentenza del Giudice di Pace di Alessano del 7 giugno 2012
40. Decreto di archiviazione del Giudice di Pace di Lecce dell'11 ottobre 2012

C. Respingimento in alto mare

41. Sentenza del Tribunale di Brindisi del 19 marzo 2005
42. Sentenza della Corte di Appello di Lecce del 29 giugno 2011
43. Sentenza della Corte di Cassazione del 9 maggio 2014, n. 24527

D. Reati

44. Sentenza della Corte di Cassazione del 2 marzo 2005, n. 15689
45. Sentenza del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009, n. 954
46. Sentenza del Tribunale di Crotona del 18 marzo 2013, n. 33
47. Sentenza della Corte di Cassazione dell'11 marzo 2014, n. 18354
48. Decreto di fermo e ordinanza di convalida di fermo e contestuale emissione di ordinanza di custodia cautelare del Tribunale di Catania del 27 aprile 2015 [Estratti]

E. Diritti umani

49. Sentenza della Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 23 febbraio 2012

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 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 dimostrano¹. 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.

¹ 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 disperazione².

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 mare³ e di non respingere i richiedenti asilo (principio di *non-refoulement*)⁴. 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 persone⁵. Mentre il primo aspetto ha formato l'oggetto di numerose analisi⁶, il secondo ha attratto meno attenzione da parte della dottrina⁷.

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

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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>.

⁶ 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.

⁷ 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 diverse⁸. Questa, che forse rappresenta la maggiore difficoltà oggi affrontata dagli Stati, non sarà tuttavia trattata in questo saggio, in quanto è di tipo prevalentemente terrestre⁹.

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

⁸ 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.

⁹ 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 CNUDM¹⁰ 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)¹¹. 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 diritto¹². 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 aspetti¹³. 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

¹⁰ La CNUDM è entrata in vigore nel 1994.

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

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

¹³ Risoluzione del Consiglio d'Europa (68) 17 del 28 giugno 1968.

beni¹⁴. 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 previste¹⁵.

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 territoriale¹⁶. La sovranità

¹⁴ GUILFOYLE, *op. cit.* (*supra*, nota 7), p. 9.

¹⁵ 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).

¹⁶ 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 Stati¹⁷. 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 giuridiche¹⁸. 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 base¹⁹ e deve essere espressamente istituita dallo Stato costiero²⁰. 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 base²¹, e alto mare, che comprende le restanti aree²². Nella zona economica esclusiva, lo Stato costiero gode di diritti sovrani in materia di sfruttamento delle risorse e di giurisdizione in materia di

¹⁷ Art. 17 CNUDM.

¹⁸ 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.

¹⁹ Art. 33 CNUDM.

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

²¹ Art. 57 CNUDM.

²² 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 trovi²³. 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 coercitivo²⁴.

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 giudiziaria²⁵. 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 giurisdizione²⁶.

²³ Art. 92 CNUDM.

²⁴ Sul quale *infra*, par. 4.

²⁵ 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.

²⁶ 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'autore²⁷. 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 nazionalità²⁸. 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 navigazione²⁹.

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 rilevanza³⁰.

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*³¹. Vale a dire che l'azione dei giudici si svolga, come peraltro naturalmente avviene, sul territorio dello Stato italiano.

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

²⁸ 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).

²⁹ Art. 6, par. 2, lett. b) Convenzione SUA.

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

³¹ 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 Crotona nel caso relativo alla nave *Cemil Pamuk*³².

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 Crotona 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 esplicito riferimento, il Tribunale di Crotona, nell'applicare il criterio dell'art. 6, commi 1 e 2 cod. pen., si rifà al criterio protettivo.

³² Sentenza del Tribunale di Crotona 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 2013³³ 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 2013³⁴, 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

³³ 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.

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

fuori del territorio italiano, qualora questi abbiano come fine di commettere un grave reato in Italia. Nel caso in esame, i migranti erano stati fatti trasbordare dalla nave madre su un'imbarcazione a circa 214 m.n. dalle coste italiane. L'imbarcazione con i migranti, che faceva rotta verso l'Italia, veniva quindi soccorsa da un guardacoste a 178 m.n. dall'Italia, che salvava le 226 persone a bordo e abbandonava alla deriva l'imbarcazione su cui queste si trovavano, a causa delle sue condizioni fatiscenti e del pericolo che un suo traino avrebbe posto per la navigabilità e la sicurezza delle persone a bordo. I migranti venivano infine condotti a Reggio Calabria. Nel frattempo, la nave madre, che aveva invertito la rotta allontanandosi dalle coste italiane, veniva pure fermata e le persone a bordo arrestate.

Pur riguardando fatti molto simili a quelli del caso deciso con ordinanza del Tribunale di Catania del 16 settembre 2013, l'ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria del 18 ottobre 2013 si distingue dalla prima per l'analisi svolta. Nel primo caso, il Tribunale di Catania considerava il reato come consumato in Italia se vi fosse partecipazione di persone site sul suolo dello stato nella preparazione del reato stesso. Nel secondo caso, invece, il Tribunale di Reggio Calabria considera che il reato è consumato già *prima* che le imbarcazioni che trasportano migranti entrino nel mare territoriale italiano, a condizione che il reato associativo commesso all'estero abbia come fine di commettere un reato in Italia. Tale intento è a sua volta provato dalla direzione dell'imbarcazione con a bordo i migranti, che puntava verso le coste italiane. Non richiede quindi la prova della partecipazione di persone sul suolo italiano, ma necessità la prova che la condotta incriminata avesse come obiettivo quello di favorire l'ingresso di migranti in Italia.

Tale ragionamento si è reso necessario in quanto, nel caso di specie, i migranti non erano stati accompagnati dai trafficanti fino al mare territoriale italiano, ma erano stati abbandonati a 178 m.n. dalle coste italiane, dove venivano soccorsi dalla Guardia di Finanza a causa delle condizioni precarie dell'imbarcazione su cui si trovavano. Era stata quindi la Guardia di Finanza ad accompagnare queste persone nei porti italiani, facendoli "entrare" sul suolo italiano.

Questo orientamento è stato confermato dalla Corte di Cassazione. Nella sentenza del 28 febbraio 2014, n. 720³⁵, la Corte osserva come la condotta della nave madre sembrerebbe esaurirsi in alto mare, al momento del trasbordo e dell'abbandono dei migranti, mentre le condotte terminali dell'attività criminosa sarebbero da riportare all'attività lecita di terzi che avevano proceduto al salvataggio di queste persone³⁶. Ma, osserva la Cassazione, l'attività di soccorso non solo è prevista dai trafficanti, ma è anche voluta e provocata, venendo a configurarsi come diretta derivazione causale dell'azione criminale – l'abbandono della

³⁵ Doc. n. 32 in allegato al presente volume.

³⁶ In questo caso si trattava di una nave battente bandiera della Liberia.

nave con i migranti in alto mare. I trafficanti, sfruttando lo stato di necessità e l'obbligo di intervento al fine di salvaguardare vite umane, non interrompono il nesso di causalità tra le loro azioni e l'ingresso illegale sul territorio italiano, poiché l'evento è provocato e strumentalizzato dai trafficanti. Questa conclusione è confermata nella sentenza della Corte di Cassazione del 23 maggio 2014, n. 36052³⁷.

In seguito ad alcuni tentennamenti iniziali, la giurisprudenza delle corti di merito, confermata dalla Cassazione, sembra quindi propendere per una ampia estensione della giurisdizione italiana in materia di prevenzione e punizione del traffico di migranti via mare. Essa sussiste non solo quando i migranti vengono fatti entrare nel territorio italiano ad opera dei trafficanti, ma anche nei casi in cui essi siano abbandonati al largo delle coste italiane, a condizione che tale abbandono miri al loro ingresso – anche sfruttando l'attività di soccorso prestata da terzi – e che il viaggio di accompagnamento dei migranti fino al punto di abbandono sia parte di un disegno criminale complesso, perseguito attraverso strutture basate sia nei paesi di origine e di transito, che in Italia. Queste ultime due condizioni – finalità di ingresso e presenza di membri dell'organizzazione criminosa in Italia – sembrano essere alternative, anche se nella realtà esse si presentano spesso congiuntamente.

In conclusione, la ricostruzione operata, pur essendo innovativa nell'ampliare la competenza del legislatore e del giudice italiani, non appare esorbitante. Essa poggia su principi ben saldi del diritto internazionale consuetudinario, tra cui il principio di territorialità (reato consumato, anche in parte, sul territorio dello Stato) e il principio di protezione (reato contro lo Stato che interviene), e al contempo si conforma al diritto pattizio come sviluppato con la Convenzione TOC e il Protocollo di Palermo. Essa può quindi costituire utile precedente sia per le corti di altri Stati che si trovino a decidere casi analoghi, sia per una valutazione della prassi statale in sede di accertamento dell'esatto contenuto delle norme consuetudinarie in materia di prevenzione e punizione del traffico di migranti.

4. *Poteri di intervento (enforcement) in alto mare*

Norme parzialmente diverse regolano l'esercizio della funzione attuativa delle norme adottate dal legislatore statale nelle acque oltre il territorio dello Stato. Il carattere esclusivo della giurisdizione dello Stato di bandiera, che abbiamo visto essere relativo nel caso della funzione normativa, è invece quasi assoluto quando si tratta di esercizio di poteri di polizia in mare. Invero, lo Stato costiero può sicuramente intervenire contro navi dedite al traffico di migranti nel suo mare territoriale e, qualora questa sia stata istituita, nella sua zona contigua, ma non sempre può farlo al di là di queste zone.

³⁷ Doc. n. 34 in allegato al presente volume.

Se svolto nel mare territoriale, il traffico di migranti rende inapplicabili le norme sul diritto di passaggio inoffensivo, che spetta a tutti gli Stati, ristabilendo la piena sovranità, e quindi giurisdizione, dello Stato costiero. L'art. 27 CNUDM, concernente l'esercizio della giurisdizione penale a bordo di navi straniere, assumerebbe rilevanza solo nel caso di imbarcazione che attraversa il mare territoriale di uno Stato al fine di raggiungere le coste di uno Stato diverso. L'art. 27 CNUDM, infatti, essendo inserito nella Parte II (mare territoriale e zona contigua), sezione 3 (passaggio inoffensivo), riguarda solo le imbarcazioni che stanno esercitando il diritto di passaggio inoffensivo.

Nella zona contigua, allo Stato costiero sono attribuiti espressamente poteri di coercizione, sia a scopo preventivo sia a scopo punitivo. È opinione generalmente condivisa che tali poteri includano non solo il diritto di allontanare navi dalle proprie coste, ma anche di fermarle e procedere al loro arresto e a quello delle persone a bordo.

Oltre la zona contigua, invece, l'esclusiva competenza dello Stato di bandiera può porre problemi ad un'efficace azione contro i trafficanti. Il problema che si pone per gli Stati di destinazione, inclusa l'Italia, riguarda la possibilità di esercitare la propria giurisdizione attuativa nei confronti di imbarcazioni che siano impegnate nel traffico di migranti oltre il limite esterno del mare territoriale (e, qualora esista, della zona contigua), in quella zona di mare che possiamo considerare, ai fini di questo esame, come alto mare³⁸.

La problematica potrebbe apparire meno rilevante nel caso di intervento dettato dalla necessità di salvare la vita umana. In questo caso, l'intervento non si basa su di un potere conferito allo Stato dal diritto internazionale, ma all'obbligo, che grava sia sugli Stati che sui comandanti delle navi che battono la loro bandiera, di soccorrere chi è in pericolo in mare³⁹. Tuttavia, anche in questo caso la determinazione delle giurisdizione può assumere rilevanza, in quanto l'attività di soccorso può essere affiancata – o può precedere – l'arresto dei trafficanti.

In alto mare, la giurisdizione attuativa compete in via esclusiva allo stato di bandiera⁴⁰, fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla CNUDM e da altre norme. Come si è visto, lo stato di bandiera ha sempre giurisdizione normativa sulle proprie imbarcazioni e sulle persone a bordo, anche nel caso di traffico di migranti, ovunque si trovi la nave. In aggiunta, lo stato di bandiera ha giurisdizione attuativa esclusiva in alto mare. Pertanto, qualora dovessero essere utilizzate imbarcazioni che battono la bandiera italiana per traffico di migranti,

³⁸ In realtà, parti di questa area potrebbero essere ricomprese in altre zone marine, quali la piattaforma continentale o la zona economica esclusiva. Non essendoci tuttavia competenza in materia di immigrazione per queste zone, la differenza non rileva.

³⁹ Art. 98 CNUDM.

⁴⁰ Art. 92, par. 1 CNUDM.

l'Italia avrebbe il potere di intervenire per ispezionare le imbarcazioni ed adottare misure esecutive.

Le eccezioni che rilevano per il contrasto al traffico di migranti sono esaminate qui di seguito.

4.A. *Autorizzazione dello Stato di bandiera*

Lo stato di bandiera può delegare, tramite autorizzazione apposita, qualsiasi altro stato ad esercitare i poteri che ad esso spetterebbero sulle imbarcazioni che battono la sua bandiera e che navigano in alto mare⁴¹. Questa norma, pur non essendo stata codificata nella CNUMD, è generalmente accettata come espressione del diritto consuetudinario ed è stata incorporata nel Protocollo di Palermo e in altri trattati che regolano l'intervento in alto mare⁴².

Al fine di semplificare la procedura e facilitare l'autorizzazione in materia di contrasto al traffico di migranti, il Protocollo di Palermo contiene alcune disposizioni procedurali atte a facilitare il contatto e l'interazione tra Stato di bandiera e Stato che desidera intervenire. In particolare, il Protocollo di Palermo impone l'obbligo per tutti gli Stati di cooperare nella misura massima possibile⁴³, l'obbligo per lo Stato di bandiera di indicare l'autorità di riferimento per il rilascio di informazioni e deleghe a intervenire⁴⁴, nonché, sempre per lo Stato di bandiera, l'obbligo di fornire risposta celermente a richieste di altri Stati⁴⁵.

La delega del potere di polizia incontra alcune limitazioni. In primo luogo, essa può riguardare una o più azioni, tra cui la visita dell'imbarcazione, l'ispezione della stessa e l'arresto. Lo Stato interveniente è vincolato al rispetto di tali indicazioni e può agire solo entro i limiti dell'autorizzazione⁴⁶. È opportuno, a tale riguardo, che la richiesta e l'autorizzazione siano chiare in merito al tipo di azione che lo Stato interveniente può adottare, al fine di evitare contestazioni sulla legittimità delle stesse⁴⁷. La delega deve essere effettuata nel rispetto delle norme interne dello stato delegante e le attività intraprese dallo stato che interviene devono altresì rispettare i limiti imposti dalle proprie leggi in materia di

⁴¹ Per un esempio, si veda l'autorizzazione di Tonga all'Italia, doc. n. 23 in allegato al presente volume.

⁴² Art. 8 Protocollo di Palermo. Sulla natura consuetudinaria di tale norma si veda la sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani (Grande camera) nel caso *Medvedyev c. Francia* del 29 marzo 2010 (sentenza *Medvedyev*), par. 93-97.

⁴³ Art. 7 Protocollo di Palermo.

⁴⁴ Art. 8, par. 6 Protocollo di Palermo.

⁴⁵ Art. 8, par. 4 Protocollo di Palermo.

⁴⁶ GUILFOYLE, *op. cit.* (*supra*, nota 7), pp. 185-186.

⁴⁷ Come era successo, seppur nel contesto del traffico di stupefacenti, nel caso *Medvedyev*.

polizia, in particolare per quanto riguarda le condizioni per la restrizione della libertà personale e le esigenze dell'equo processo⁴⁸.

Dal punto di vista giuridico, più che trattarsi di una eccezione all'esclusiva giurisdizione dello stato di bandiera, questa possibilità si fonda proprio su questa giurisdizione⁴⁹. Dal punto di vista pratico, tuttavia, l'autorizzazione dello Stato di bandiera costituisce uno strumento di grande utilità al fine della lotta al traffico di migranti, permettendo di rimediare all'utilizzo di bandiere di convenienza da parte dei trafficanti stessi.

4.B. *Trasporto di schiavi*

Gli Stati parte alla CNUDM si sono impegnati ad adottare misure effettive per prevenire e punire il trasporto di schiavi con navi che battono la loro bandiera⁵⁰. Al fine di rafforzare il controllo, ai sensi dell'art. 110, par. 1, lett. b) CNUDM, qualora uno stato abbia il sospetto che una nave sia adibita al trasporto di schiavi, esso può abbordarla e ispezionarla anche se la nave batte bandiera diversa. Tuttavia, nel silenzio della norma, lo Stato che interviene non può procedere all'arresto della nave stessa e dei trafficanti a bordo senza l'autorizzazione dello Stato di bandiera⁵¹. Questa conclusione è rafforzata dalla storia negoziale dell'art. 110 CNUDM e dell'art. 22 della Convenzione sull'alto mare del 1958, da cui il primo deriva, che hanno visto il rigetto di proposte atte a conferire non solo il potere di visita, ma anche il potere di arresto⁵².

È oggetto di discussione la misura nella quale le norme per il contrasto della schiavitù siano applicabili al traffico di migranti. Da un lato, appare evidente come in più casi il traffico di migranti non sia altro se non un traffico di esseri umani, come descritto dal Protocollo sul Traffico di Esseri Umani⁵³. In altri casi, tuttavia, l'attività dei trafficanti "si limiterebbe" al trasporto dei migranti e alla facilitazione del loro ingresso nel territorio di un altro Stato dietro pagamento di un compenso. È difficile configurare quest'ultima fattispecie come "traffico di

⁴⁸ Sul punto si veda la sentenza *Medvedyev*, par. 80.

⁴⁹ Un punto interessante e poco studiato riguarda la liceità della delega in sé. Si veda, a tale riguardo, la dichiarazione della Danimarca nel ratificare il Protocollo di Palermo, ai sensi della quale "Authorization granted by a Danish authority pursuant to art. 8 [del Protocollo di Palermo] denotes only that Denmark will abstain from pleading infringement of Danish sovereignty in connection with the requesting State's boarding of a vessel. Danish authorities cannot authorize another State to take legal action on behalf of the Kingdom of Denmark".

⁵⁰ Art. 99 CNUDM.

⁵¹ GUILFOYLE, *op. cit.* (*supra*, nota 7), p. 76.

⁵² Sembra invece ammesso dai più che lo Stato possa liberare gli schiavi a bordo, v. PAPA-STAVRIDIS, *op. cit.* (*supra*, nota 7), p. 37.

⁵³ Sulla questione PASTAVRIDIS, *op. cit.* (*supra*, nota 7), p. 263 ss.

esseri umani” o “schiavitù”, dato che il migrante, a differenza dello schiavo o della persona trafficata, intraprende il viaggio volontariamente. In ogni caso, l'impossibilità di arrestare i trafficanti a bordo dell'imbarcazione o di dirottare l'imbarcazione stessa verso un porto italiano limiterebbero la rilevanza dell'art. 110 ai fini del contrasto al traffico di migranti.

4.C. *Diritto di visita*

Il diritto di visitare navi al fine di accertare che non siano impegnate nel trasporto di schiavi costituisce espressione del più generale diritto di visita, regolato dall'art. 110 CNUDM. Ai sensi di questa norma, uno stato diverso da quello di bandiera può visitare imbarcazioni che non abbiano la sua bandiera in alto mare qualora vi sia il ragionevole sospetto che tali imbarcazioni siano impegnate in atti di pirateria, trasporto di schiavi o trasmissioni radiofoniche non autorizzate, oppure siano senza bandiera, oppure, pur mostrando bandiera di stato diverso, abbiano in realtà la stessa nazionalità dello stato che esercita il diritto di visita. Lo stesso articolo disciplina anche le modalità dell'esercizio di tale diritto:

“the warship may proceed to verify the ship's right to fly its flag. To this end, it may send a boat under the command of an officer to the suspected ship. If suspicion remains after the documents have been checked, it may proceed to a further examination on board the ship, which must be carried out with all possible consideration”.

Data l'irrelevanza della pirateria e delle trasmissioni radiofoniche non autorizzate per il presente esame, le considerazioni svolte in merito al trasporto di schiavi valgono più in generale per l'intero art. 110 CNUDM. In particolare, l'assenza di un'autorizzazione per lo Stato interveniente di procedere all'attuazione coercitiva della propria normativa rende tale azione illegale in assenza di un'altra, indipendente, norma permissiva. Vero è tuttavia che l'art. 110 nemmeno sembra precludere un'ulteriore intervento, qualora questo sia giustificato alla luce di una norma diversa. L'art. 110 è stato così utilizzato insieme ad altre norme e principi generali nel caso di navi senza bandiera⁵⁴.

4.D. *Diritto di inseguimento*

Ai sensi dell'art. 111 CNUDM, lo Stato costiero che abbia buoni motivi di considerare che una nave straniera abbia violato le sue leggi nelle sue zone costiere può inseguire questa nave anche in alto mare, al fine di fermarla e, svolti gli opportuni accertamenti, procedere all'arresto della stessa e delle persone a bordo. Il diritto di inseguimento sottostà ad una serie di condizioni: l'inseguimento deve

⁵⁴ *Infra*, par. 4.f.

avere inizio mentre la nave straniera si trova nel mare territoriale o nella zona contigua (nel caso di traffico di migranti); deve essere preceduto da un'intimazione di fermarsi per mezzo di segnali visivi o audio; può essere effettuato solo da mezzi navali ed aerei militari, chiaramente identificati come tali; deve essere ininterrotto; deve cessare non appena la nave inseguita entra nel mare territoriale di uno Stato diverso da quello che la insegue.

Il diritto di inseguimento permane anche se vengono utilizzati più mezzi, navali o aerei, in successione temporale. Alla luce della recente prassi dell'Unione europea di operazioni congiunte cui partecipano più Stati, si è consolidata la prassi di utilizzare mezzi appartenenti a Stati diversi per monitorare una medesima imbarcazione, né si può considerare che questa prassi vada contro il requisito della continuità dell'inseguimento⁵⁵.

Il diritto di inseguimento assume particolare importanza nel quadro del contrasto al traffico di migranti, in quanto consente di arrestare i trafficanti e le loro imbarcazioni dopo che queste hanno scaricato i migranti, riducendo il rischio per questi ultimi. Esso pone tuttavia alcuni problemi per le modalità e le condizioni previste dalla CNUDM. In particolare, l'obbligo di intimazione di fermarsi prima che inizi l'inseguimento potrebbe compromettere le azioni anti-traffico, allertando i trafficanti e ponendo in pericolo i migranti trasportati⁵⁶.

Un importante limite al diritto di inseguimento è dato dalla necessità che la nave inseguita si trovi, all'inizio dell'inseguimento, entro il mare territoriale o la zona contigua. Non si può quindi propriamente parlare di diritto di inseguimento quando la nave che si insegue non sia ancora entrata in queste zone, come spesso avviene nel traffico di migranti nel Mediterraneo. Questo è stato giustamente rilevato dal Tribunale di Catania nell'ordinanza del 16 settembre 2013, in cui il giudice ha escluso l'applicabilità dell'art. 111, par. 4 CNUDM.

4.E. *Presenza costruttiva*

L'istituto della presenza costruttiva, riconosciuto dall'art. 111, par. 4 CNUDM, completa il regime del diritto di inseguimento. Esso permette allo Stato costiero di inseguire una nave anche nel caso in cui quest'ultima, pur rimanendo in alto mare, si serva di imbarcazioni ad essa collegate per compiere illeciti nel mare territoriale o in altre zone nelle quali lo Stato esercita giurisdizione.

⁵⁵ Esempi di monitoraggio con mezzi diversi, anche se in contesti diversi dal diritto di inseguimento, si trovano nelle sentenze oggetto di analisi. Nel caso deciso con Ordinanza di convalida del fermo e di applicazione della misura cautelativa della custodia in carcere del Tribunale di Catania del 16 settembre 2013, per esempio, la nave madre era stata avvistata da un pattugliatore rumeno ed era poi stata visitata da un'imbarcazione della Guardia di Finanza italiana, mentre nel caso alla base dell'ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria del 18 ottobre 2013, l'avvistamento era stato effettuato da un aereo portoghese, mentre l'intervento era stato condotto da navi italiane.

⁵⁶ V. contributo di ANTONUCCI, FANTINATO e CAIAZZA in questo volume.

Questo è il caso tipico della nave madre che a un certo punto del suo viaggio trasferisce i migranti su altre imbarcazioni. È da notare che la presenza costruttiva, come riconosciuta nel caso *R. v. Mills*, non richiede che le imbarcazioni utilizzate appartengano alla nave madre⁵⁷. Sembrerebbe inoltre che l'applicabilità dell'istituto della presenza costruttiva non si limiti a completare il diritto di inseguimento, ma sia di più ampia applicazione, al fine di permettere allo Stato costiero di arrestare e perseguire navi e persone che svolgono attività illecite anche in alto mare⁵⁸.

Un caso inverso, che tuttavia rientrerebbe sempre nella fattispecie della presenza costruttiva e del diritto di inseguimento, vede l'utilizzo di un'imbarcazione minore da parte dei trafficanti, al fine di permettere loro una fuga celere. Nel caso della nave *Zora*⁵⁹, i tre trafficanti che gestivano la nave madre avevano utilizzato una barca a vela di 14 metri per trasportare migranti verso l'Italia, abbandonando la barca e le persone a bordo a circa 18 m.n. dalla linea di chiusura del Golfo di Taranto e cercando di fuggire a bordo di un piccolo gommone. La Guardia di Finanza, oltre ad accorrere in soccorso della nave madre, che era stata abbandonata alla deriva e senza strumenti di navigazione, procedeva anche a fermare il gommone ed arrestare le persone a bordo. In questo caso, l'intervento dell'Italia era basato sul fatto che la nave madre e la nave figlia usate dai trafficanti erano senza bandiera. Anche in caso diverso, tuttavia, l'Italia avrebbe potuto inseguire e fermare la nave figlia, a condizione che la nave madre si fosse trovata entro la zona di giurisdizione italiana.

Quest'ultima condizione mostra come l'istituto della presenza costruttiva incontra un significativo limite nella necessità che almeno una tra le imbarcazioni coinvolte sia entrata nel mare territoriale o nella zona contigua dello Stato che interviene. Questo istituto non troverebbe quindi applicazione nella maggior parte dei casi oggetto di analisi, nei quali il trasporto di migranti e la loro separazione dai trafficanti avviene a decine e talvolta centinaia di miglia dalle coste italiane. È vero che si potrebbe attendere l'ingresso della nave con i migranti nel mare territoriale italiano e quindi intervenire; tuttavia, le precarie condizioni di questo tipo di imbarcazione spesso non permettono di attendere tanto e richiedono un rapido intervento di salvataggio. Si ritiene così condivisibile la conclusione del Tribunale di Catania nell'ordinanza del 16 settembre 2013. In quel caso, l'imbarcazione figlia era stata intercettata a circa 68 m.n. da Capo Passero, prima che entrasse nel mare territoriale italiano. A causa delle condizioni precarie di galleggiabilità e al peggioramento meteo, i migranti venivano trasbordati su mezzi

⁵⁷ GILMORE, *Hot Pursuit: The Case of R. v. Mills and Others*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 949.

⁵⁸ CHURCHILL, LOWE, *op. cit.* (*supra*, nota 16), p. 215.

⁵⁹ Sentenza del Tribunale di Lecce dell'11 gennaio 2012, n.20, doc. n. 27 in allegato al presente volume. Sul caso *Zora* si veda anche il contributo di ANTONUCCI, FANTINATO E CAIAZZA in questo volume.

della Guardia di Finanza e la loro barca lasciata alla deriva. Essi quindi entravano nel mare territoriale italiano a bordo di imbarcazioni estranee ai trafficanti. Alla luce di questa circostanza, il Tribunale di Catania giustamente rilevava che non si applica l'istituto della presenza costruttiva al caso di specie.

4.F. *Navi senza bandiera*

Uno dei principali intralci all'esercizio della giurisdizione attuativa in alto mare è dato dalla pratica largamente diffusa di utilizzo di una o più navi che non battono alcuna bandiera al fine di effettuare traffici di migranti eludendo il controllo degli stati⁶⁰. L'argomento addotto a tal fine si basava sulla libertà di navigazione, principio tradizionale del diritto del mare. Nel caso deciso dalla Corte di Cassazione con sentenza del 28 febbraio 2014, n. 720⁶¹, gli imputati contestavano la legalità dell'arresto adducendo l'assenza di giurisdizione dell'Italia oltre il limite esterno del mare territoriale. L'argomentazione, che pure era stata accolta dal Tribunale di Catania, non sembra tenere adeguatamente conto della formulazione delle norme rilevanti ed è stata ribaltata da numerose pronunce, che costituiscono l'apporto più significativo della giurisprudenza italiana alla delucidazione del potere di giurisdizione attuativa e dei suoi limiti.

Come rilevato dalla Corte di Cassazione, la libertà di navigazione è un diritto che compete agli Stati e non alle singole imbarcazioni o alle persone a bordo. Da ciò consegue che i singoli possono fruire della libertà di navigazione solo se la loro imbarcazione è collegata con uno Stato tramite la bandiera⁶².

L'utilizzo di una o più navi senza bandiera pone quesiti giuridici circa il diritto dell'Italia di intervenire in alto mare al fine di arrestare le persone a bordo. La CNUDM tratta delle navi senza bandiera solo nell'art. 110 sul diritto di visita, prevedendo che qualsiasi stato possa visitare un'imbarcazione che non batte bandiera. Tuttavia, come già indicato, il diritto di visita non include la possibilità di procedere forzatamente contro l'imbarcazione e il suo equipaggio. È pure vero che tale diritto non è nemmeno espressamente escluso. In assenza di espressa disposizione, gran parte della dottrina considera che l'assenza di bandiera dia diritto a tutti gli stati di intervenire contro una imbarcazione.

Nel caso di traffico di migranti, la disciplina è oggi completata dalle disposizioni del Protocollo di Palermo. Nel caso di imbarcazioni senza bandiera sospettate, su basi ragionevoli, di essere coinvolte nel traffico di migranti via mare, l'art. 8, par. 7 Protocollo di Palermo attribuisce a tutti gli Stati il potere di abbordare e

⁶⁰ Sulla questione PAPASTAVRIDIS, *op. cit.* (*supra*, nota 7), pp. 264-266.

⁶¹ Doc. n. 32 in allegato al presente volume.

⁶² La conclusione della Cassazione non può peraltro essere interpretata nel senso di escludere l'accesso al mare da parte delle imbarcazioni che non hanno bandiera, ma semplicemente nel senso di sottoporle alla giurisdizione attuativa di ogni Stato.

ispezionare la nave e, se vi sono prove che confermano il sospetto, di adottare misure appropriate in conformità con le disposizioni internazionali e nazionali rilevanti. La norma è invero in parte ambigua, nel fare riferimento alle norme di diritto internazionale applicabili. Se per queste ultime si intende l'art. 110 CNUDM, lo Stato interveniente non potrebbe fare altro che richiedere il permesso allo Stato di bandiera di effettuare l'arresto dell'imbarcazione e dei trafficanti. Questa interpretazione, tuttavia, sembra eccessivamente restrittiva. Appare più in linea con lo scopo del Protocollo interpretare questo come un rinvio alle norme di diritto internazionale che regolano l'esercizio concreto della giurisdizione attuativa, in particolare quelle sull'uso della forza nell'arresto di imbarcazioni e persone a bordo⁶³, nonché quelle appartenenti ai diritti umani in materia di privazione della libertà personale⁶⁴. Interpretato in questa maniera, il testo della norma sembrerebbe quindi autorizzare anche l'adozione di misure di giurisdizione attuativa, se prevista dalle norme nazionali dello Stato interveniente.

È questa la conclusione anche delle corti italiane. Nella più recente sentenza del 23 maggio 2014, n. 36052⁶⁵, la Corte di Cassazione, dopo aver ribadito che la libertà di navigazione non spetta agli individui ma agli Stati e che l'alto mare non si può configurare come terra di nessuno, ha concluso che qualsiasi Stato possa intervenire contro un'imbarcazione senza bandiera in alto mare se vi è una valida ragione. Nel caso di specie, questa ragione era da rinvenirsi nell'art. 8 Protocollo di Palermo.

Un'ulteriore elemento interessante fornito dalla giurisprudenza italiana riguarda la qualificazione di nave senza bandiera. Nel caso *Zora*, deciso dal Tribunale di Lecce, i trafficanti avevano utilizzato una barca a vela di 14 metri, la *Zora*, apparentemente battente bandiera croata. Ad un successivo esame, tuttavia, risultava come la nave si chiamasse in realtà *Anika-52* ed avesse bandiera Ucraina. Alla luce di questi fatti, il Tribunale di Lecce rilevò come in realtà fosse da considerare come priva di nazionalità, in quanto batteva una bandiera diversa da quella dello Stato di immatricolazione e recava illegittimamente i dati di altra imbarcazione⁶⁶.

Per il resto, anche nel caso della nave *Zora*, il GIP prima e il Tribunale successivamente, confermano ed ulteriormente elaborano la tendenza che riconosce in tutti gli Stati il potere di visitare e, se necessario, adottare misure contro le imbarcazioni prive di bandiera e il personale a bordo. Se il fermo della nave è permesso dall'art. 110 CNUDM, il fermo, l'ispezione e il sequestro sono parimenti legali in quanto, secondo il Tribunale, l'assenza di bandiera permette a tutti

⁶³ Il contenuto delle quali è stato illustrato dal Tribunale Internazionale del Diritto del Mare nella sentenza nel caso *M/V Saiga No. 2*, par. 155-158.

⁶⁴ Sulle quali la sentenza *Medvedev*, par. 80.

⁶⁵ Doc. n. 34 in allegato al presente volume.

⁶⁶ Si veda anche NORDQUIST (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, vol. V, Leiden, 1995, par. 92.6(a), circa le navi che nascondano la propria identità.

gli Stati che riconoscono la propria giurisdizione e hanno interesse alla repressione dei crimini commessi da tale imbarcazione di intervenire, anche con misure coercitive. In aggiunta, il Tribunale afferma che la libertà di navigazione, pure invocata dalla difesa, spetterebbe solo alle imbarcazioni con (una) bandiera, mentre le navi senza bandiera sarebbero assoggettabili al potere dello Stato, qualunque esso sia, che riconosce la propria giurisdizione.

4.G. *Autorizzazione del Consiglio di Sicurezza*

Uno Stato diverso da quello di bandiera può esercitare la propria giurisdizione attuativa nei confronti di navi che battono bandiera diversa e navighino in alto mare anche qualora sia stato a ciò autorizzato dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Tale eccezione al principio generale di esclusività dello Stato di bandiera non è da rinvenirsi negli strumenti di diritto del mare, ma discende dai poteri attribuiti al Consiglio di Sicurezza dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. La zona in cui tale potere di polizia può essere esercitato ed eventuali condizioni o limitazioni sono da cercare nel testo della Risoluzione che autorizza questo potere.

Il Consiglio di Sicurezza ha per la prima volta autorizzato l'esercizio di poteri di polizia nei confronti di navi adibite al traffico di migranti nell'ottobre 2015, rispetto a imbarcazioni che provengono dalla costa della Libia⁶⁷. La formulazione della relativa autorizzazione ne sottolinea il carattere eccezione:

[il Consiglio] “Decides, with a view to saving the threatened lives of migrants or of victims of human trafficking on board such vessels as mentioned above, to authorise, in these exceptional and specific circumstances, for a period of one year from the date of the adoption of this resolution, Member States, acting nationally or through regional organisations that are engaged in the fight against migrant smuggling and human trafficking, to inspect on the high seas off the coast of Libya vessels that they have reasonable grounds to suspect are being used for migrant smuggling or human trafficking from Libya, provided that such Member States and regional organisations make good faith efforts to obtain the consent of the vessel’s flag State prior to using the authority outlined in this paragraph”⁶⁸.

5. *Conclusioni*

L'esame di alcune recenti pronunce dei giudici italiani in materia di traffico di migranti, alla luce del contesto normativo internazionale, ha mostrato come i

⁶⁷ Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 2240 (2015) del 9 ottobre 2015.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 7.

giudici italiani abbiano da un lato contribuito all'applicazione delle norme esistenti e dall'altro allo sviluppo progressivo del diritto in una materia che, purtroppo, risente ancora di vuoti normativi.

In merito al primo aspetto, è da notare l'adesione dei giudici italiani a principi ben radicati nel diritto internazionale del mare, quali la giurisdizione dello Stato di bandiera e il diritto di inseguimento, quest'ultimo nei limiti posti dall'art. 111 CNUDM.

Ancora più interessanti sono gli spunti innovati offerti dalle sentenze esaminate in materia di esercizio della giurisdizione, sia normativa-giudiziaria, sia esecutiva.

Nel primo caso, l'utilizzo di criteri di collegamento esterni al diritto del mare ma ben radicati nel diritto internazionale e nel diritto penale italiano indica una via anche ad altri Stati per perseguire i trafficanti di migranti che agiscono nell'ambito di reti transnazionali. La conformità di tale interpretazione alla Convenzione TOC e al Protocollo di Palermo, oltre che fornire ulteriore autorevolezza alla stessa, illustra anche la rilevanza di questi due strumenti per combattere l'increscioso fenomeno del traffico di migranti.

Nel caso della giurisdizione esecutiva, la giurisprudenza italiana in materia di imbarcazioni senza bandiera, "forzando" il silenzio della CNUDM e di altri trattati, permette di tenere conto dell'esigenza di affrontare situazioni nuove senza tuttavia venire meno al rispetto di alcuni principi fondamentali del moderno diritto del mare, tra i quali l'esigenza di rispettare la giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera in alto mare.

In conclusione, un'attenta lettura della recente giurisprudenza italiana permette da un lato di accertare come alcuni concetti base siano ormai acquisiti nell'ambito del diritto applicabile all'immigrazione via mare e dall'altro di osservare come una giurisprudenza nazionale ardita, seppur basata su principi generalmente accettati, possa colmare vuoti normativi e concorrere ad una migliore interpretazione ed applicazione di concetti vaghi, adattandoli alle esigenze sanzionatorie ed umanitarie del fenomeno dell'immigrazione via mare. È da augurarsi che tale indirizzo sia seguito anche dalle corti di altri Stati coinvolti nella lotta al traffico di migranti via mare, che ogni anno causa migliaia di vittime.

IL DILEMMA DELL'ESISTENZA E DEI POTERI ESERCITABILI NELLA ZONA CONTIGUA ITALIANA

*Francesca Mussi**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'esistenza della zona contigua italiana. – 3. L'esercizio di poteri giurisdizionali e sanzionatori da parte dello Stato italiano nella zona contigua. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Negli anni più recenti – soprattutto a partire dal 2011, in seguito all'insorgere nel mondo arabo di tumulti che, con un effetto domino, hanno destabilizzato l'intera area – le coste meridionali dell'Italia sono divenute scenario di copiosi flussi di migranti irregolari provenienti dal Nord e dal Centro Africa, nonché dal Medio Oriente, attraverso il Mediterraneo.

In diverse occasioni i tentativi di accedere ai litorali italiani hanno avuto un esito tragico. L'ultimo, drammatico esempio risale alla notte tra il 18 e il 19 aprile 2015, quando oltre 700 migranti, perlopiù di nazionalità senegalese, hanno perso la vita nel Canale di Sicilia dopo che il peschereccio sul quale viaggiavano si è capovolto a causa dello spostamento di tutti gli occupanti su di un solo lato dell'imbarcazione.

Questo continuo flusso di migranti pone le autorità italiane di fronte a una sfida di estrema complessità, essendo le stesse chiamate a reprimere e – laddove possibile – a prevenire un fenomeno che, se non adeguatamente gestito, risulta suscettibile di causare problemi nel governo della comunità politico-territoriale statale, come quelli di sovrappopolazione, o connessi all'occupazione o al mantenimento dell'ordine pubblico.

Differenti possono essere le misure adottate a tal proposito: si pensi, ad esempio, alla conclusione da parte dell'Italia di accordi bilaterali finalizzati alla riammissione negli Stati di origine di persone irregolari¹, alle operazioni di pattu-

* Dottoranda di ricerca in diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca.

¹ Per quanto di specifico interesse ai fini del presente scritto, tra gli accordi conclusi dall'Italia particolare menzione meritano quelli con Albania (Tirana, 18 novembre 1997, in *G.U.* n. 241 del

gliamento e di controllo delle coste, condotte sia individualmente² sia attraverso il coordinamento di agenzie internazionali ed europee³, nonché all'adozione di misure e provvedimenti coercitivi, idonei a identificare rapidamente i migranti irregolari presenti sul territorio, a controllarli e ad allontanarli⁴.

In particolare, il presente contributo mira, attraverso l'esame delle recenti decisioni assunte dalle competenti autorità giudiziarie nei confronti di soggetti accusati di aver organizzato sbarchi di migranti irregolari sulle coste italiane, ad analizzare se, ed entro quali limiti, possa essere legittimamente esercitata la giurisdizione penale italiana nei confronti di individui intercettati oltre il limite delle acque territoriali, in quella fascia marittima definita come "zona contigua".

Alla luce di quanto sopra, il presente scritto valuterà, innanzitutto, se, nonostante la mancanza di un'espressa proclamazione, la zona contigua italiana possa comunque considerarsi esistente; in secondo luogo, se, e in quale misura, lo Stato italiano possa esercitare poteri giurisdizionali e sanzionatori rispetto a soggetto intercettati in suddetta zona marittima.

15 ottobre 1998); Algeria (Roma, 24 febbraio 2000, in *G.U.* n. 38 del 15 febbraio 2007); Tunisia (Scambio note del 6 agosto 1998, notificato il 25 febbraio 1999-24 agosto 1999, in vigore dal 23 settembre 1999, in *G.U.* n. 11 del 15 gennaio 2000).

² Pochi giorni dopo il naufragio avvenuto il 3 ottobre 2013 al largo delle coste di Lampedusa, in cui persero la vita quasi 400 persone, il governo italiano decise di rafforzare il dispositivo nazionale per il pattugliamento del Canale di Sicilia autorizzando l'operazione *Mare Nostrum*, una missione militare e umanitaria la cui finalità era quella di prestare soccorso ai migranti, prima che potessero ripetersi altri tragici eventi nel Mediterraneo. L'operazione *Mare Nostrum* si è conclusa il 1° novembre 2014. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a CAPRARA, *L'Operazione Mare Nostrum*, in *Eurasia*, 4 novembre 2013, disponibile al sito <http://www.eurasia-rivista.org/loperazione-mare-nostrum/20335>.

³ Operazioni di pattugliamento e controllo delle coste italiane sono condotte anche sotto l'egida dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione internazionale alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (FRONTEX). Fra le funzioni principali, FRONTEX annovera quella di coordinare la cooperazione fra Stati membri e fornire ai medesimi assistenza nella gestione delle frontiere esterne, compito che avviene tramite l'organizzazione e la realizzazione di operazioni congiunte. Attualmente (marzo 2016), l'unica operazione congiunta ospitata dall'Italia è *Triton*. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a CARRERA e DEN HERTOOG, *Whose Mare? Rule of Law Challenges in the Field of European Border Surveillance in the Mediterranean*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, 2015, pp. 5-9; TREVISANUT, *Which Borders for the EU Immigration Policy? Yardsticks of International Protection for EU Joint Borders Management*, in AZOULAI e DE VRIES (eds.), *EU Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014, pp. 106-148.

⁴ A partire dal 2000, gli strumenti di contrasto al fenomeno migratorio irregolare sul piano nazionale sono stati adottati nell'ambito di un più ampio intervento volto alla tutela della sicurezza pubblica. Per una dettagliata ricostruzione delle politiche italiane in materia migratoria si rinvia, fra i tanti, a DI PASCALE, *Italy and Unauthorized Migration: Between State Sovereignty and Human Rights Obligations*, in RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, pp. 288-296; DI PASCALE, *The New Regulations on Immigration and the Status of Foreigners in Italy*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002, pp. 71-77; NASCIBENE, *The Regularisation of Clandestine Immigration in Italy*, in *European Journal of Migration and Law*, 2000, pp. 337-359.

2. L'esistenza della zona contigua italiana

Con l'espressione "zona contigua" si intende una fascia di mare adiacente alle acque territoriali in cui lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di prevenire le violazioni delle proprie leggi e dei propri regolamenti in materia doganale, fiscale, sanitaria e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale e di punire le violazioni delle leggi e dei regolamenti suddetti commesse nel proprio territorio o mare territoriale⁵.

Le origini dell'istituto in esame possono essere fatte risalire al XVIII secolo, quando la Gran Bretagna adottò una serie di provvedimenti, definiti *Hovering Acts*, che prevedevano speciali misure dirette contro le imbarcazioni sospette che navigavano contro vento o si ancoravano vicino alle coste degli Stati in cui si proponevano di introdurre merci di contrabbando⁶. L'espressione "zona contigua" fu, invece, utilizzata per la prima volta solamente nel 1930, quando venne convocata all'Aia una conferenza per la codificazione del diritto internazionale, che aveva in agenda, tra i settori da codificare, il regime giuridico del mare territoriale. I lavori della seconda commissione speciale, competente in materia di acque territoriali, rivelarono peraltro un insormontabile contrasto in relazione all'opportunità di un riconoscimento della zona contigua⁷. Negli anni successivi alla conferenza dell'Aia, un numero via via crescente di Stati proclamò la propria zona contigua per rispondere a specifiche esigenze, perlopiù di carattere sanitario o di sicurezza. È nel 1958, nel corso dei negoziati in seno alla Prima Conferenza sul diritto del mare, che si è raggiunto un consenso pressoché generale fra gli Stati partecipanti in merito alla necessità di riconoscere e delimitare la zona contigua. I risultati sono stati incorporati nel testo dell'art. 24⁸ della Convenzione sul mare

⁵ SIOUSSOURAS, *The Contiguous Zone as a Mechanism for Protecting the Underwater Cultural Heritage*, in STRATI, GAVOUNELI e SKOURTOS (eds.), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Time Before and Time After*, Leiden, 2006, p. 63. Tali poteri, secondo parte della dottrina, costituiscono un'applicazione della teoria dell'irradiazione della giurisdizione dalla costa verso il largo: si veda, ad esempio, ECONOMIDES, *La zone contiguë, institution revalorisée par le nouveau droit de la mer*, in *Propos sur le nouveau droit de la mer, Colloque de L'Académie diplomatique internationale*, Paris, 1985, p. 75.

⁶ TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2012, p. 121. Per ulteriori approfondimenti sul punto, si rinvia a XHELILAJ e METALLA, *The Regime of the Contiguous Zone in the Context of International Law*, in RIZZUTO e GUEDES SOARES (eds.), *Sustainable Maritime Transportation and Exploitation of Sea Resources*, London, 2011, pp. 777-778; LOWE, *The Development of the Concept of the Contiguous Zone*, in *British Yearbook of International Law*, 1981, p. 109 ss.; ODA, *The Geneva Conventions on the Law of the Sea: Some Suggestions for Their Revision*, in *Natural Resources Lawyer*, 1968, pp. 107-110.

⁷ SCOVAZZI, *The Evolution of the International Law of the Sea: New Issues, New Challenges*, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague, 2000, p. 88; WANG, *Handbook on Ocean Politics and Law*, Westport, 1992, p. 25.

⁸ Art. 24 della Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua: "1. In a zone of the high seas contiguous to its territorial sea, the coastal State may exercise the control necessary to: (a)

territoriale e la zona contigua (Ginevra, 1958)⁹, che “concretises a practice which, during the last 30-40 years has become very widespread, not to say quasi-universal, and which has received a very general measure of tacit recognition as being legitimate (...)”¹⁰.

Il disposto dell’art. 24, par. 1, della Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua è stato successivamente ripreso senza sostanziali variazioni all’art. 33, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982)¹¹ (CNUDM):

“In a zone contiguous to its territorial sea, described as the contiguous zone, the coastal State may exercise the control necessary to:

(a) prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea;

(b) punish infringement of the above laws and regulations committed within its territory or territorial sea”¹².

La zona contigua, la cui estensione massima è fissata in 24 miglia nautiche dalle linee di base (art. 33, par. 2, CNUDM)¹³, non esiste *ipso iure*, ma deve ne-

Prevent infringement of its customs, fiscal, immigration or sanitary regulations within its territory or territorial sea; (b) Punish infringement of the above regulations committed within its territory or territorial sea. 2. The contiguous zone may not extend beyond twelve miles from the baseline from which the breadth of the territorial sea is measured. 3. Where the coasts of two States are opposite or adjacent to each other, neither of the two States is entitled, failing agreement between them to the contrary, to extend its contiguous zone beyond the median line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of the two States is measured”.

⁹ La Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua è entrata in vigore il 10 settembre 1964. A oggi (marzo 2016), la Convenzione è stata ratificata da 52 Stati.

¹⁰ FITZMAURICE, *Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea: Part 1 – The Territorial Sea and Contiguous Zone and Related Topics*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1959, p. 110.

¹¹ La CNUDM è entrata in vigore il 16 novembre 1994. A oggi (marzo 2016), 166 Stati e l’Unione europea sono parti alla CNUDM.

¹² Suddetto elenco di materie è da considerarsi tassativo. Non è, dunque, condivisibile l’estensione operata da alcuni Stati finalizzata a includere leggi e regolamenti in materia di sicurezza. In merito, si veda quanto affermato in precedenza dalla Commissione del diritto internazionale, doc. A/3159, ottava sessione, 23 aprile-4 luglio 1956, in *Yearbook of International Law Commission*, p. 295: “The Commission did not recognize special security rights in the contiguous zone. It considered that the extreme vagueness of the term “security” would open the way for abuses and that the granting of such rights was not necessary. The enforcement of customs and sanitary regulations will be sufficient in most cases to safeguard the security of the State”. Per ulteriori approfondimenti in dottrina si rinvia a SOHN, NOYES, FRANCKX e JURAS, *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Leiden-Boston, 2014, pp. 427-428.

¹³ Parte della dottrina, in passato, ha affermato che la norma della CNUDM che fissa l’estensione massima della zona contigua in 24 miglia nautiche fosse una norma convenzionale, che non

cessariamente essere formalmente proclamata con atto unilaterale dallo Stato costiero¹⁴, senza che siano, tuttavia, richieste particolari forme di proclamazione¹⁵.

Carattere del tutto peculiare presenta la zona contigua dell'Italia, in quanto, sebbene non sia mai stata formalmente istituita, essa risulterebbe esistente nella legislazione italiana.

La legge 25 settembre 1940, n. 1424, aveva, infatti, fissato in 12 miglia il limite della zona di vigilanza doganale, comprendente il mare territoriale e la zona contigua. Tale estensione era stata successivamente confermata dall'art. 29 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al d. PR. 23 gennaio 1973, n. 43, e successive modificazioni. Successivamente, la legge 14 agosto 1974, n. 359, ha esteso il mare territoriale, precedentemente di 6 miglia, a 12 miglia, inglobandovi la zona contigua, che, di conseguenza, non ha più avuto una sua autonomia¹⁶. Nonostante la presentazione di alcune proposte di legge volte a rimediare a tale vuoto normativo, una specifica disciplina in materia non è mai stata adottata, con ciò lasciando irrisolto il nodo circa la possibilità o meno per lo Stato italiano di avvalersi dell'istituto.

Molteplici sono, tuttavia, i riferimenti alla zona contigua contenuti nella normativa nazionale. In primo luogo, l'art. 11-*sexies* della legge 30 luglio 2002, n. 189 ("Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo"), che ha emendato l'art. 12, comma 9-*bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 ("Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), richiama la zona contigua – seppur senza definirla nella sua esatta estensione – disponendo che

“[L]a 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 nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla a 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”.

rispecchiava la norma consuetudinaria in materia: si veda, ad esempio, PAZARCI, *Le concept de zone contiguë dans la Convention sur le droit de la mer de 1982*, in *Revue belge de droit international*, 1984-1985, p. 263. Tuttavia, in considerazione della prassi sviluppatasi successivamente all'adozione della CNUDM, sembra possibile ritenere che tale ampiezza formi ormai l'oggetto di una norma consuetudinaria: in tal senso, TREVES, *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague, 1990, p. 75.

¹⁴ In tal senso SHAW, *International Law*, Cambridge, 2008, p. 579; PAPANICOLOPULU, *Il confine marino: unità o pluralità?*, Milano, 2005, p. 16.

¹⁵ VUKAS, *The Law of The Sea: Selected Writings*, Leiden, 2004, p. 93.

¹⁶ Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda ad ANGELONI e SENESE, *Profili applicativi dei principali istituti del nuovo diritto del mare*, Bari, 1998, p. 39; TREVES, *Il diritto del mare e l'Italia*, Milano, 1995, p. 59.

In secondo luogo, l'art. 6, comma 2, del decreto interministeriale 14 luglio 2003 recante disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina prevede che la Guardia di Finanza coordini le attività navali connesse al contrasto all'immigrazione irregolare, in presenza di mezzi appartenenti a diverse amministrazioni, in una fascia che si estende fino al limite dell'area di mare internazionalmente definita come "zona contigua".

Infine, vale la pena ricordare che la zona contigua risulta citata anche dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio"), la cui sezione II reca titolo "Ricerche e rinvenimenti fortuiti nella zona contigua al mare territoriale".

Negli anni più recenti, l'esistenza della zona contigua italiana ha costituito oggetto di una serie di sentenze in materia di contrasto all'immigrazione irregolare via mare, la prima delle quali, recante n. 32960, è stata pronunciata dalla Corte di Cassazione il 5 maggio 2010.

I fatti di causa si erano verificati allorché, a seguito di ricognizione aerea, nella notte fra il 23 e il 24 aprile 2007, la Guardia di Finanza aveva intercettato e fermato, a una distanza pari a 23 miglia nautiche dalla costa italiana, un gommone battente bandiera turca, guidato dai due ricorrenti, che trasportava immigrati irregolari, precedentemente trasbordati da una motonave anch'essa turca. Al termine di un inseguimento, le autorità italiane avevano fermato anche la motonave madre a circa 50 miglia nautiche dalla costa, rinvenendo, dopo averla visitata, i libretti di navigazione intestati ai cittadini turchi che guidavano il gommone. Entrambe le imbarcazioni erano state, quindi, condotte sul territorio italiano, dove l'equipaggio era stato sottoposto a procedimento penale.

In tale occasione, la Suprema Corte, chiamata – come si vedrà nel dettaglio in seguito¹⁷ – a pronunciarsi sulla sussistenza della giurisdizione penale del giudice italiano in relazione ad attività penalmente illecite di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina poste in essere da soggetti intercettati oltre il limite delle acque territoriali italiane a bordo di natanti battenti bandiera turca, ha preliminarmente affrontato la questione dell'esistenza della zona contigua italiana.

Uno dei motivi di impugnazione presentati dagli imputati, riconosciuti colpevoli sia in prime cure sia in grado di appello di reato tentato *ex* artt. 56 e 110 cod. pen. e condannati, in concorso fra loro, a otto anni di reclusione e a una multa di 1.134.000,00 euro per avere posto in essere una condotta finalizzata a consentire l'ingresso illegale nel territorio dello Stato di 63 cittadini extracomunitari, riguardava la presunta violazione dell'art. 12 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, come emendato dall'art. 11-*sexies* della Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo. A parere dei ricorrenti, non sarebbe, infatti, stata data esecuzione nello Stato italiano alla disposizione contenuta all'art. 33

¹⁷ *Infra*, par. 3.

CNUDM, che fissa in 24 miglia dalla costa dello Stato rivierasco il limite delle acque contigue, in ragione del fatto che per individuare tale limite sarebbe necessario un atto di carattere legislativo mai registratosi in Italia. Di conseguenza, non potrebbe considerarsi esistente una zona contigua italiana e a ciò non può ritenersi abbia implicitamente posto rimedio il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

La Suprema Corte, ribadendo quanto già affermato dalla Corte distrettuale di Reggio Calabria¹⁸, ha, invece, implicitamente riconosciuto l'esistenza della zona contigua italiana. A parere dei giudici di legittimità, infatti, seppur in mancanza di un'esplicita proclamazione al riguardo da parte del legislatore nazionale, essa deve comunque reputarsi esistente in quanto richiamata dall'art. 11-*sexies* della Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, che ha emendato l'art. 12 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. La Corte di Cassazione, inoltre, non ha mancato di pronunciarsi in merito all'estensione di suddetta fascia marittima che, in assenza di un'espressa indicazione da parte del legislatore nazionale, raggiungerebbe, a suo dire, il limite massimo indicato dalla CNUDM.

A distanza di un anno, è con sentenza n. 39 del 22 settembre 2011, pronunciata dal Giudice di Pace di Alessano (Lecce), che la questione dell'esistenza della zona contigua italiana è nuovamente affrontata.

I fatti all'origine della sentenza sono sufficientemente descritti nella stessa e possono essere qui brevemente ripresi: nel pomeriggio del 6 luglio 2011, le autorità italiane concludevano un'operazione di soccorso nei confronti di un'imbarcazione con a bordo settantuno persone, ferma a circa 24 miglia dalla costa italiana, in corrispondenza di Santa Maria di Leuca. I militari della Guardia di Finanza, dopo avere tentato, senza esito, di rimettere in moto il motore dell'imbarcazione, provvedevano a soccorrere i migranti e a trasportarli su un guardacoste, mezzo di maggiori dimensioni e ritenuto più idoneo al trasporto di passeggeri. L'imbarcazione veniva, quindi, trascinata sino al porto di Gallipoli, analogamente ai migranti, che venivano in seguito condotti a Otranto per le operazioni di identificazione.

Con atto del 6 luglio 2007, il P.M. autorizzava la presentazione immediata degli imputati dinnanzi al Giudice di Pace di Alessano per il reato di cui all'art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero per avere, quali cittadini stranieri, fatto ingresso ed essersi trattenuti nel territorio dello Stato italiano in violazione delle disposizioni del medesimo Testo unico, nonché dell'art. 1 della legge 28

¹⁸ La Corte distrettuale di Reggio Calabria, con sentenza n. 1894/2008 del 1 luglio 2009, aveva analizzato la questione dell'esistenza della zona contigua italiana occupandosi dell'eccezione difensiva volta a far dichiarare il difetto di giurisdizione dell'autorità italiana.

maggio 2007, n. 68 (“Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio”), in quanto privi di valido titolo di soggiorno.

Il Giudice di Pace di Alessano ha assolto gli imputati in mancanza di prova certa della sussistenza del fatto, in considerazione della circostanza che, mentre l’art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero prevede quale luogo di consumazione del reato il territorio italiano, nel caso di specie gli imputati non avevano ancora fatto ingresso nelle acque territoriali e il loro fermo era avvenuto in acque internazionali.

Per quanto rileva in questa sede, la pronuncia in esame si presta a una pluralità di considerazioni.

In primo luogo, appare evidente come il Giudice di Pace di Alessano abbia risolto la questione dell’esistenza della zona contigua italiana in modo alquanto sbrigativo, basandosi esclusivamente sulla mancanza di un’esplicita proclamazione legislativa in merito: dalla lettura della sentenza non emerge, infatti, alcuna analisi né della normativa internazionale che disciplina la fattispecie né della legislazione nazionale che, come già esaminato, richiama l’istituto in esame.

In secondo luogo, l’autorità giudicante ha completamente disatteso l’autorevole opinione espressa l’anno precedente dalla Corte di Cassazione, secondo la quale la mancanza di una specifica indicazione da parte del legislatore nazionale non impedirebbe comunque di reputare esistente la zona contigua italiana in quanto richiamata dall’art. 11-*sexies* della Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo.

Nel 2012, è nuovamente il Giudice di Pace di Alessano, con sentenza n. 42 del 7 giugno 2012, depositata il successivo 21 giugno, a trattare ancora una volta la questione dell’esistenza della zona contigua italiana, questa volta in termini più netti.

I fatti su cui è intervenuta la decisione in esame sono desumibili dal verbale redatto in data 10 luglio 2012 dalla Guardia di Finanza, Reparto operativo aeronavale di Bari, intervenuto sul posto: nel pomeriggio del 4 maggio 2012, le autorità italiane concludevano un’operazione di soccorso nei confronti di un natante privo di bandiera con a bordo 7 persone (fra le quali due minori), di presumibile nazionalità marocchina, a circa 14 miglia dalla costa italiana.

Il Giudice di Pace di Alessano ha riconosciuto i 5 imputati penalmente responsabili della violazione dell’art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero per avere, quali cittadini stranieri, fatto ingresso ed essersi trattenuti nel territorio dello Stato italiano in violazione delle disposizioni del medesimo Testo unico, nonché dell’art. 1 della Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio, in quanto privi di valido titolo di soggiorno.

Per quanto di specifico interesse in questa sede, analogamente a quanto affermato dalla Corte di Cassazione nel 2010, a parere del Giudice di Pace di Alessa-

no, la mancata esplicita proclamazione della zona contigua italiana non impedisce di riconoscerne l'esistenza in relazione all'esercizio dei poteri di contrasto all'immigrazione irregolare previsti all'art. 12 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Alla luce di quanto sopra, l'autorità giudicante ha, dunque, riconosciuto l'esistenza di una zona contigua italiana in funzione antimigrazione.

Un approccio di questo genere è stato oggetto di molteplici critiche sul piano dottrinale, sulla base di differenti argomentazioni.

In primo luogo, la zona contigua, diversamente dalle acque territoriali e dalla piattaforma continentale, non avrebbe carattere automatico e dovrebbe, quindi, essere proclamata tramite un espresso atto legislativo dello Stato costiero, da portarsi a conoscenza degli altri Stati mediante notifica¹⁹. La CNUDM si limiterebbe, dunque, ad attribuire agli Stati semplici facoltà nell'ambito della zona contigua, il cui effettivo esercizio è da ritenersi inscindibilmente legato a una proclamazione formale della zona, data l'insufficienza dell'emanazione di un provvedimento interno, in quanto non opponibile a Stati terzi²⁰.

In secondo luogo, l'adozione di un apposito strumento normativo risponderebbe a esigenze di certezza, sia in ragione della necessità di determinare il limite esterno della zona – la CNUDM indica le 24 miglia nautiche quale limite massimo della zona contigua, lasciando comunque agli Stati la facoltà di stabilire una zona di portata inferiore – sia per quanto concerne Stati frontisti o adiacenti, in ragione della necessità di individuare con precisione le rispettive aree di influenza²¹.

Alla luce di tali orientamenti, in mancanza di una legislazione attuativa, le disposizioni sull'immigrazione irregolare contenute all'art. 12, comma 9-bis, del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero costituirebbero, dunque, una pura dichiarazione di intenti e il contrasto al fenomeno migratorio irregolare nella zona contigua rimarrebbe allo stato virtuale²².

Tuttavia, le argomentazioni addotte a supporto dell'inesistenza di una zona contigua italiana appaiono di carattere troppo formalistico.

Innanzitutto, è necessario sottolineare che, secondo quanto previsto dalla CNUDM, la zona contigua deve essere espressamente istituita, ma non sono richieste particolari forme di proclamazione²³.

¹⁹ In tal senso si veda COLSON, *The Legal Regime of Maritime Boundary Agreements*, in CHARNEY e ALEXANDER (eds.), *International Maritime Boundaries*, Dordrecht, 1993, p. 44.

²⁰ LEANZA e 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. 168.

²¹ *Ibidem*.

²² CAFFIO, *L'immigrazione clandestina via mare: l'esperienza italiana nella vigilanza, prevenzione e contrasto*, in *Rivista marittima*, 2003, p. 45.

²³ VUKAS, *op. cit.* (supra, nota 15), p. 93.

In secondo luogo, diversamente dalla Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua, la CNUDM non contiene disposizioni riguardo la delimitazione di zone contigue di Stati contigui o frontisti. La ragione di tale scelta sarebbe da rinvenirsi nella circostanza che l'istituto in esame costituisce una zona di mare a carattere funzionale, dove lo Stato costiero non ha il diritto di applicare direttamente le proprie leggi – e quindi di punire le infrazioni commesse nella stessa zona contigua – ma può solo prevenire e reprimere infrazioni commesse in altri luoghi (il suo territorio e il suo mare territoriale)²⁴. Di conseguenza, la delimitazione non sarebbe necessaria, potendo coesistere, in zone contigue eventualmente sovrapposte, poteri di controllo e prevenzione di più Stati contigui o adiacenti.

Infine, rilevante appare l'esame della prassi straniera in materia. Diversi Stati, quali, ad esempio, Cina, Giappone e Corea del Sud, non hanno espressamente proclamato la propria zona contigua mediante atti unilaterali, ma hanno adottato provvedimenti nazionali che vi fanno riferimento²⁵.

In conclusione, alla luce dell'analisi sopra condotta e del costante richiamo alla zona contigua italiana come prevista nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero operato dalle autorità giudiziarie nazionali, sembra possibile concludere che tale legge ha provveduto – seppur attraverso una modalità discutibile – a istituire una zona contigua funzionalmente collegata alla materia migratoria, a esclusione delle altre attività di controllo che possono essere esplicate dallo Stato costiero in tale area marittima²⁶.

Più complessa, invece, risulta essere la questione relativa all'estensione della zona contigua. Suddetto profilo è stato esaminato, infatti, solo dalla Corte di Cassazione, secondo la quale, in assenza di un'esplicita indicazione al riguardo, essa raggiungerebbe il limite massimo indicato dalla CNUDM. In mancanza di una proclamazione espressa, indubbiamente rilevante appare l'autorevolezza dell'organo dal quale la pronuncia – seppur isolata – promana. Inoltre, non si può mancare di rilevare come parte della dottrina italiana sottolinei da tempo che il limite di 24 miglia indicato dalla CNUDM risponderrebbe essenzialmente all'esi-

²⁴ KARAMAN, *Dispute Resolution in the Law of the Sea*, Leiden, 2012, p. 171: "The concept of the contiguous zone is now sometimes considered to have become obsolete, since it is not a jurisdictional zone and there is no pressing need for its delimitation". Analogamente GUTIERREZ CASTILLO, *La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982*, in *Annuaire de Droit de la Mer*, 2002, p. 159 ss.; VUKAS, *The LOS Convention and the Sea Boundary Delimitation*, in VUKAS (ed.), *Essays on the New Law of the Sea*, Zagreb, 1985, p. 147.

²⁵ HEE KWON, *The Law of the Sea and Northeast Asia: A Challenge for Cooperation*, The Hague, 2000, p. 36.

²⁶ SALVADEGO, *Controllo marittimo dell'immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, p. 1156. In senso contrario si veda, però, ANGELONI, *La zona contigua e la recente normativa in materia di immigrazione*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2003, p. 1157.

genza di individuare un limite geografico in materia e di rappresentare spazialmente la relativa disciplina internazionale, senza tuttavia pregiudicare una diversa soluzione funzionalistica, anche più ampia delle 24 miglia marine, purché non si tratti di una distanza tale da far perdere ogni idea di adiacenza²⁷. Tuttavia, come correttamente osservato da altra parte della dottrina²⁸, un approccio di carattere esclusivamente funzionale è discutibile: in mancanza di una specifica dichiarazione da parte dello Stato risulta impossibile stabilire con certezza l'estensione della zona contigua, con conseguente pregiudizio dei poteri esercitabili in suddetta fascia di mare.

3. *L'esercizio di poteri giurisdizionali e sanzionatori da parte dello Stato italiano nella zona contigua*

La zona contigua rappresenta una fascia marittima di vitale importanza in relazione all'argomento oggetto del presente scritto, in quanto riveste una funzione sia preventiva sia punitiva rispetto alle violazioni in materia di immigrazione. Una volta dimostrato che, seppur in mancanza di un'esplicita proclamazione al riguardo, la zona contigua italiana deve considerarsi istituita attraverso il richiamo alla normativa interna in materia di contrasto all'immigrazione irregolare, si tratta, quindi, di verificare se e in quale misura sia possibile esercitare poteri giurisdizionali e sanzionatori nei confronti di individui intercettati in suddetta fascia marittima.

In materia di competenze esercitabili nella zona contigua, risalente nel tempo è il dibattito sul contenuto dei poteri conferiti agli Stati costieri dal diritto consuetudinario e dalla CNUDM. Si ritiene, dunque, opportuno darne sinteticamente conto.

Secondo parte della dottrina²⁹, conformemente a un'interpretazione letterale dell'art. 33, par. 1, CNUDM, nella zona contigua lo Stato rivierasco dovrebbe limitarsi a prevenire e a reprimere gli illeciti commessi nel proprio territorio o mare territoriale, non potendo applicarvi direttamente le proprie leggi³⁰. Per

²⁷ In tal senso CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 286; LEANZA, *Le nouveau droit international de la mer Méditerranée*, Napoli, 1994, p. 280.

²⁸ A tal proposito, si veda 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. 109: "Come si fa a sapere quanto è ampia la zona contigua se lo Stato non lo dice? (...) non so come si possa coordinare qualcosa se non si sa nemmeno fino a dove si estendono i poteri dello Stato".

²⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, quanto osservato a proposito dal Giudice Fitzmaurice nella sua opinione separata relativa al caso delle peschiere anglo-norvegesi (Regno Unito c. Norvegia), deciso dalla Corte internazionale di giustizia il 18 dicembre 1951. Il ragionamento è stato ripreso e ampliato in FITZMAURICE, *op. cit.* (*supra*, nota 10), pp. 112-117.

³⁰ Nel corso dei lavori svolti dalla Prima Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare, l'Italia aveva proposto di riconoscere allo Stato costiero i poteri necessari a reprimere le violazioni

quanto concerne l'esercizio della giurisdizione in suddetta fascia di mare, è stata avanzata una distinzione fra giurisdizione legislativa, che lo Stato costiero non può esercitare nella propria zona contigua, e giurisdizione esecutiva, il cui esercizio è, invece, consentito unicamente allo scopo di prevenire e reprimere violazioni nelle proprie acque territoriali con riferimento alle materie enunciate all'art. 33, par. 1, CNUDM³¹. Il dettato letterale della stessa CNUDM non riconosce, quindi, agli Stati costieri l'esercizio della giurisdizione esecutiva in relazione a violazioni commesse nella propria zona contigua³². Un approccio di questo genere trova conferma anche nella giurisprudenza del Tribunale per il diritto del mare (ITLOS), secondo il quale

“the power of the coastal State to punish infringement of the stated laws (committed outside the territorial areas or within the contiguous zone) is not generally permissible in relation to vessels merely located in the contiguous zone and not proven to have some relevant connection with territorial areas”³³.

Tuttavia, l'interpretazione restrittiva dei poteri esercitabili in questa fascia di mare è stata da lungo tempo abbandonata dalla dottrina³⁴ e non trova riscontro nella prassi degli Stati costieri che, soprattutto in materia di contrasto al traffico di stupefacenti e al contrabbando di migranti, si è estesa verso la rivendicazione e l'esercizio di più ampi poteri³⁵ senza, peraltro, incontrare l'opposizione da parte di altri Stati³⁶.

A supporto dell'orientamento secondo il quale il diritto consuetudinario riconoscerebbe agli Stati costieri facoltà più ampie rispetto a quelle previste dal regime pattizio³⁷, altra parte della dottrina richiama quanto affermato nel 1975

delle leggi e dei regolamenti fiscali, sanitari e di immigrazione commesse nella zona contigua. Suddetta proposta è stata in seguito ritirata. Per ulteriori approfondimenti sul punto, si rinvia a TREVES, *Italy and the Law of the Sea*, in TREVES e PINESCHI (eds.), *The Law of the Sea: The European Union and Its Member States*, The Hague, 1997, p. 337.

³¹ CHURCHILL e LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, p. 137.

³² *Ibidem*.

³³ ITLOS, *M/V Saiga N.2* (Saint Vincent e Grenadines c. Guinea), 1 luglio 1999, par. 115.

³⁴ SHEARER, *Problems of Jurisdiction and Law Enforcement against Delinquent Vessels*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 330.

³⁵ Ad esempio, la Legge dello Sri Lanka sulle fasce marittime (*Maritime Zone Law*) n. 22, adottata il 1° settembre 1976, par. 12, prevede che “all written laws in force in Sri Lanka shall be read and construed as though the applicability of such laws, *wherever relevant*, extends to the limits of contiguous zone” (corsivi aggiunti).

³⁶ Ad esempio, India, Pakistan e Sri Lanka hanno rivendicato nelle rispettive zone contigue la propria giurisdizione legislativa ed esecutiva senza incontrare l'opposizione di altri Stati. Sul punto si rimanda a TANAKA, *op. cit.* (*supra*, nota 6), p. 123.

³⁷ Si veda, fra gli altri, ODA, *The Concept of Contiguous Zone*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, p. 137 ss.

dalle giurisdizioni statunitensi nel caso *Taiyo Maru*. In tale occasione, la Corte distrettuale del Maine ha affermato che l'art. 24 della Convenzione sul mare territoriale e la zona contigua attribuisce agli Stati costieri poteri giurisdizionali sia legislativi sia esecutivi³⁸.

Secondo il disposto letterale dell'art. 33, par. 1, CNUDM, i poteri di cui lo Stato costiero dispone nella zona contigua sono classificabili in due distinte categorie: da un lato, quelli finalizzati a prevenire le violazioni delle proprie leggi e dei propri regolamenti entro il territorio o le acque territoriali; dall'altro, i poteri di repressione delle medesime violazioni.

I poteri repressivi possono, con ogni evidenza, essere esercitati solamente una volta che la violazione sia effettivamente stata compiuta: di conseguenza, trovano applicazione nei confronti di navi in uscita dalle acque territoriali dello Stato costiero³⁹. Essi consentono allo Stato rivierasco di procedere al fermo dell'imbarcazione nella zona contigua e di condurre gli autori della violazione dinnanzi alle competenti autorità nazionali⁴⁰. I poteri preventivi hanno, invece, carattere più ampio e possono essere esercitati rispetto a navi dirette verso le acque territoriali o il territorio dello Stato costiero⁴¹. Stante il peculiare carattere, essi si concretano, sostanzialmente, in poteri ispettivi o finalizzati all'ottenimento di documenti o informazioni rilevanti quali, ad esempio, la lista dei passeggeri a bordo⁴², non consentendo, invece, l'adozione di misure quali, a titolo esemplificativo, il fermo dell'imbarcazione o la conduzione forzata della nave al porto. Similmente – e diversamente da quanto avviene nelle operazioni di respingimento, in cui allo Stato costiero è consentito di allontanare una nave che già si trova nelle proprie acque territoriali – sembrerebbe da escludersi dal novero delle misure a carattere preventivo il respingimento verso l'alto mare di una nave che si trovi nella zona contigua al fine di impedire il verificarsi di una violazione in materia di immigrazione nel proprio mare territoriale o sul proprio territorio⁴³. In altre parole, lo Stato costiero potrebbe adottare misure preventive di natura coercitiva nei confronti di una nave sospettata di trasportare migranti irregolari solo nel momento in cui essa abbia fatto ingresso nelle acque territoriali e non fintantoché si trovi nella zona contigua.

L'esercizio di poteri giurisdizionali e sanzionatori nei confronti di individui

³⁸ CHURCHILL e LOWE, *op. cit.* (*supra*, nota 31), p. 118.

³⁹ FITZMAURICE, *op. cit.* (*supra*, nota 10), p. 113.

⁴⁰ DOTINGA e OUDE ELFERINK, *Current Legal Developments: The Netherlands*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2007, p. 322.

⁴¹ In tal senso GALLAGHER e DAVID, *The International Law of Migrants Smuggling*, Cambridge, 2014, p. 240. Analogamente CAMINOS, *Contiguous Zone*, in WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, p. 714.

⁴² SHEARER, *op. cit.* (*supra*, nota 34), p. 330.

⁴³ In tal senso GALLAGHER e DAVID, *op. cit.* (*supra*, nota 41), pp. 417-418.

intercettati nella zona contigua ha costituito oggetto di numerose pronunce da parte delle autorità giudiziarie italiane.

Di particolare interesse risulta, innanzitutto, quanto affermato dalla prima sezione penale della Corte di Cassazione nella summenzionata sentenza n. 32960 del 5 maggio 2010.

Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte ha affermato la carenza di giurisdizione del giudice italiano in relazione ad attività penalmente illecite di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina poste in essere da soggetti intercettati oltre il limite delle acque territoriali italiane a bordo di natanti battenti bandiera di Stati che non hanno ratificato la CNUDM (nel caso specifico, la Turchia), annullando senza rinvio la sentenza emessa il 10 luglio 2009 dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria.

In tale occasione, la Corte d'Appello di Reggio Calabria, confermando il giudizio in prime cure reso dal Tribunale di Locri in data 26 giugno 2008, aveva ammesso la giurisdizione delle autorità italiane. La principale motivazione alla base di suddetta decisione era da rinvenirsi nella circostanza che la condotta illecita di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina era stata posta in essere all'interno della zona contigua, nella quale, secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 9-bis, del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, le forze di polizia dispongono di poteri di intervento finalizzati a verificare e reprimere il coinvolgimento di navi nel traffico illecito di migranti.

A seguito di ricorso promosso dai due imputati, i giudici di legittimità hanno, invece, accolto i motivi di impugnazione sulla base di due differenti motivazioni.

In primo luogo, essi hanno ritenuto la condotta penalmente rilevante verificatasi in una zona sottratta alla giurisdizione italiana come delineata agli artt. 6 e 7 cod. pen.: la nozione di zona contigua non può, dunque, essere invocata nel caso di specie dal momento che la Turchia, Stato di bandiera dell'imbarcazione e di nazionalità dei ricorrenti, non è parte alla CNUDM⁴⁴.

In secondo luogo, la Suprema Corte ha ritenuto non corretta l'applicazione dei principi del diritto di inseguimento⁴⁵ (previsto all'art. 111, par. 1, CNUDM) e

⁴⁴ La mancata ratifica della CNUDM da parte della Turchia è riconducibile agli interessi di suddetto Stato nel mar Egeo: per approfondimenti sul punto si rinvia a CALIGIURI, *Lo status del mar Egeo tra rivendicazioni nazionali e diritto internazionale*, in *Comunità internazionale*, 2001, p. 223 ss; DIPLA, *The Greek-Turkish Dispute over the Aegean Sea Continental Shelf Attempts at Resolution*, in KARIOTIS (ed.), *Greece and The Law of the Sea*, The Hague, 1997, p. 155 ss.

⁴⁵ Con l'espressione "diritto di inseguimento" si fa riferimento al potere attribuito alle navi da guerra, alle navi in servizio governativo e agli aeromobili militari di inseguire una nave straniera quando si hanno fondati sospetti che questa abbia violato leggi o regolamenti nazionali. L'inseguimento deve essere iniziato quando la nave o una delle sue imbarcazioni si trovi nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche o nel mare territoriale dello Stato che effettua l'inseguimento e può continuare in alto mare, al di fuori delle aree di giurisdizione nazionale, soltanto se non sia stato

della presenza costruttiva⁴⁶ (disciplinato all'art. 111, par. 4, CNUDM) operata dalle corti di merito: tali istituti avrebbero potuto, infatti, fornire una base giuridica per l'esercizio della giurisdizione italiana su una nave straniera solo nell'ipotesi in cui gli Stati coinvolti nella condotta avessero legittimamente riconosciuto l'esistenza della zona contigua.

Non potendo, dunque, riconoscere la giurisdizione italiana in ragione dell'irrinunciabilità della zona contigua alla Turchia, la Corte di Cassazione ha individuato lo Stato competente per l'esercizio della giurisdizione sulla base del criterio del "principio della bandiera", come enunciato all'art. 97, par. 1, CNUDM⁴⁷.

La sentenza in questione si presta allo svolgimento di alcune considerazioni in merito alla ricostruzione del quadro normativo internazionale in materia operata dalla Suprema Corte, specie in virtù del fatto che essa potrebbe costituire un precedente negativo in materia di contrasto al traffico di migranti irregolari: nonostante, di regola, le imbarcazioni cariche di migranti siano prive di nazionalità, non può escludersi che navi pubbliche italiane intercettino natanti battenti bandiera di Stati stranieri – si pensi, ad esempio, alla Libia o alla Siria – che, al pari della Turchia, non sono parte alla CNUDM⁴⁸.

In primo luogo, è necessario sottolineare come la Suprema Corte abbia circoscritto la propria analisi esclusivamente alla disciplina della zona contigua a livello pattizio senza, invece, valutare se, e in quale misura, essa codifichi norme internazionali consuetudinarie. Solamente norme di carattere generale avrebbero potuto, infatti, essere opposte alla Turchia, che non ha firmato né ratificato alcuno strumento di codificazione di diritto del mare.

La questione del valore giuridico delle disposizioni contenute nella CNUDM era stata affrontata nel 1984, ancora prima della sua entrata in vigore, dalla Corte internazionale di giustizia nel caso della delimitazione del Golfo del Maine⁴⁹. In tale occasione, la Corte internazionale di giustizia aveva osservato come nume-

interrotto. La nave inseguitrice può anche constatare e notificare l'infrazione trovandosi al di fuori di tali zone. In tal senso si veda CAFFIO, *Glossario di diritto del mare*, Supplemento alla *Rivista marittima*, 2007, voce "Diritto di inseguimento", p. 23.

⁴⁶ Con l'espressione "presenza costruttiva" si fa riferimento all'eventualità in cui una nave, pur senza fare ingresso in una zona costiera, si avvalga di imbarcazioni a essa collegate per compiere illeciti nel territorio di uno Stato. In suddetto caso, sia la nave madre sia le navi collegate possono essere perseguite conformemente a quanto previsto all'art. 111, parr. 1 e 4, CNUDM.

⁴⁷ Secondo quanto previsto all'art. 97, par. 1, CNUDM, in caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare, che implichi la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio, non possono essere intraprese azioni penali o disciplinari contro tali persone, se non da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza.

⁴⁸ LEANZA, GRAZIANI, *op. cit.* (*supra*, nota 20), p. 171.

⁴⁹ Corte internazionale di giustizia, *Delimitazione delle frontiere marittime nella regione del Golfo del Maine (Canada c. Stati Uniti)*, 12 ottobre 1984, in *I.C.J. Reports*, 1984, p. 246.

rose disposizioni della CNUDM fossero state adottate senza obiezioni da parte di alcuno Stato, ritenendo, dunque, che esse riflettessero norme di diritto consuetudinario⁵⁰. Suddetto ragionamento trova applicazione anche con riferimento all'art. 33 CNUDM: tale regola ha, infatti, ottenuto generale riconoscimento anche da parte degli Stati che non hanno firmato o ratificato la CNUDM, quale, ad esempio, la Turchia, che non ne ha contestato la valenza consuetudinaria.

Alla luce di quanto affermato, ancor più valore assume la dichiarazione resa il 24 febbraio 1983, al termine dei lavori svolti dalla Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare. In tale occasione, la Turchia si era definita obiettore persistente rispetto alla formazione della norma consuetudinaria che fissa a 12 miglia nautiche il limite del mare territoriale con specifico riferimento alla delimitazione dei mari semichiusi, sostenendo che tale limite “*cannot be claimed vis-à-vis Turkey*”⁵¹. Nessuna dichiarazione analoga, invece, era stata resa per quanto concerne la norma relativa alla zona contigua, rispetto alla quale la Turchia si era limitata ad affermare che

“the rights of the coastal State in such a zone are limited and do not amount to sovereignty and thus cannot affect the rights of States over the high seas”⁵².

Tale atteggiamento contribuisce a confermare che l'istituto della zona contigua è espressione di una norma di diritto internazionale generale e, dunque, che, le autorità dello Stato costiero possono esercitare la loro giurisdizione “funzionale” sia nei confronti delle navi battenti bandiera di Stati parti alla CNUDM sia nei confronti di quelle battenti bandiera di Stati non parti. All'ambito di applicazione di tale istituto non può, dunque, sottrarsi la Turchia.

Inoltre, è opportuno sottolineare come la natura consuetudinaria della disciplina della zona contigua risulti condivisa sia dalla prassi degli Stati⁵³ sia dalla dottrina⁵⁴.

Un secondo aspetto di interesse concerne il richiamo al diritto di inseguimento

⁵⁰ STEVENSON e OXMAN, *The Preparations for the Law of the Sea Conference*, in *American Journal of International Law*, 1974, p. 1; BOUCHEZ, *Some Reflections on the Present and Future Law of the Sea*, in BOS (ed.), *The Present State of International Law and Other Essays Written in Honor of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973*, Deventer, 1973, p. 144.

⁵¹ CNUDM III, *Official Records*, vol. XVII, part A, p. 242.

⁵² *Ibidem*, p. 168.

⁵³ È il caso, ad esempio, degli Stati Uniti che, pur non avendo ratificato la CNUDM, nel 1999 hanno istituito una zona contigua di 24 miglia nautiche riferendosi al diritto internazionale generale, che sarebbe codificato all'art. 33 CNUDM.

⁵⁴ Si rimanda, fra gli altri, a NOYES, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, in ROTHWELL, OUDE ELFERINK, SCOTT e STEPHENS (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, 2015, p. 108; CAMINOS, *op. cit.* (*supra*, nota 41).

previsto all'art. 111 CNUDM e al principio della presenza costruttiva, che la Suprema Corte ha trattato congiuntamente, nonostante parte della dottrina italiana inviti a tenere distinte le due figure poiché la presenza costruttiva atterrebbe ai poteri funzionali dello Stato costiero nella zona contigua e non al diritto di inseguimento⁵⁵.

La Suprema Corte ha concluso per l'inapplicabilità del diritto di inseguimento come presupposto per il riconoscimento della giurisdizione italiana in ragione dell'inopponibilità della zona contigua alla Turchia, zona dalla quale può avere inizio l'inseguimento.

In realtà, però, differenti sono le motivazioni che impediscono di fare ricorso a tali istituti.

Come precedentemente affermato, il diritto di inseguimento consente alle autorità dello Stato costiero le cui leggi o regolamenti siano violati di inseguire, fermare e catturare le navi battenti bandiera di altro Stato in alto mare. L'inseguimento deve essere immediato e ininterrotto e deve aver avuto inizio nelle acque interne, nel mare territoriale, nella zona contigua o nella zona economica esclusiva. La disposizione in esame ha, dunque, quale obiettivo esclusivo quello di individuare i casi nei quali lo Stato costiero può intervenire coercitivamente su di una nave straniera al di fuori delle acque territoriali. Essa non costituisce, invece, un criterio idoneo a verificare l'esistenza o meno della giurisdizione repressiva del giudice dello Stato rivierasco, la cui ricostruzione avviene, piuttosto, attraverso l'analisi congiunta delle norme della CNUDM che disciplinano i poteri dello Stato costiero nelle differenti zone marittime e della normativa nazionale⁵⁶.

Nemmeno l'istituto della presenza costruttiva sembra applicabile al caso in esame. Esso, infatti, ha quale effetto quello di ampliare i poteri di prevenzione e repressione dello Stato costiero anche ai casi in cui la nave rispetto alla quale si vuole esercitare la giurisdizione abbia compiuto l'illecito o sia stata intercettata in acque internazionali, a condizione di poter dimostrare la sussistenza di un legame operativo diretto di questa con un'altra imbarcazione che si trovi, invece, in una zona marittima dello Stato costiero⁵⁷. Nel caso in esame, l'imbarcazione con il carico di migranti condotta dai due ricorrenti era stata intercettata nella zona contigua, mentre la nave madre era stata fermata in alto mare. È, dunque, da escludersi l'applicabilità di suddetto istituto al caso in oggetto.

Anche le istanze giudiziarie inferiori si sono occupate della questione: il Giudice di Pace di Alessano ha affrontato le problematiche connesse all'esercizio della giurisdizione italiana e dei poteri coercitivi in materia penale nella zona contigua sia nella sentenza del 2011 sia in quella dell'anno successivo.

⁵⁵ CONFORTI, *op. cit.* (*supra*, nota 27), p. 289.

⁵⁶ ANDREONE, *Immigrazione clandestina, zona contigua e Cassazione italiana: il mistero si infittisce*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 185-186.

⁵⁷ *Ibidem*.

Nel primo caso, per quanto di specifico rilievo in questa sede, non si può mancare di rilevare come il Giudice di Pace di Alessano abbia assolto gli imputati per insussistenza del fatto in quanto essi non avevano ancora fatto ingresso nelle acque territoriali, pur enfatizzando come le circostanze del caso concreto indicassero inequivocabilmente la volontà degli stessi di accedere al territorio italiano.

L'affermazione dell'autorità giudicante, giustificabile unicamente alla luce del criterio spaziale enunciato all'art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, sembra non tenere in alcun conto la disciplina in materia elaborata a livello internazionale. Alla luce dell'analisi sopra condotta, infatti, la sussistenza di una pluralità di fattori indicanti in modo inequivoco l'intenzione di infrangere le leggi in materia migratoria sul territorio italiano (desumibile da fattori ed elementi diversi, quali, a titolo esemplificativo, la rotta della nave e la natura del carico) sarebbe da considerarsi sufficiente a giustificare l'esercizio della giurisdizione penale anche rispetto ad attività illecite poste in essere nella zona contigua e dirette verso la costa⁵⁸. Un'interpretazione in tal senso risulta maggiormente in linea con la *ratio* della zona contigua e permette di distinguere l'istituto in esame dal diritto di inseguimento, che, come in precedenza esaminato, già consente allo Stato costiero di catturare una nave, anche oltre le proprie acque territoriali, al fine di punire un illecito commesso sul territorio o nel proprio mare territoriale.

È nel 2012, con sentenza pronunciata ancora una volta dal Giudice di Pace di Alessano, che si assiste, tuttavia, a un significativo mutamento dell'orientamento giurisprudenziale sul punto.

In tale occasione, l'autorità giudicante, pur ribadendo la necessità di prestare soccorso e di salvaguardare la vita umana in mare, in ottemperanza a uno specifico obbligo di diritto internazionale consuetudinario e pattizio incombente sulle navi statali⁵⁹, ha affermato che l'intervento del personale della Guardia di Finanza deve avvenire in conformità a quanto previsto dall'art. 12, commi 9-*bis* e 9-*quater*, del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero come emendato dalla Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo. Suddette disposizioni impongono alle autorità italiane di prevenire l'ingresso di migranti clandestini sia nel mare territoriale sia nella zona contigua, nei limiti consentiti dal diritto internazionale.

⁵⁸ In tal senso LEANZA, GRAZIANI, *op. cit.* (*supra*, nota 20), p. 173.

⁵⁹ La sentenza in esame contiene uno specifico riferimento all'art. 98 CNUDM. Vale la pena sottolineare che analogo obbligo è previsto alla regola 33.1 della Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (Londra, 1974; entrata in vigore il 25 maggio 1980); all'art. 2.1.10 della Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare (Amburgo, 1979; entrata in vigore il 22 giugno 1985), all'art. 10.1 della Convenzione internazionale sul salvataggio (Londra, 1989; entrata in vigore il 14 luglio 1996).

Di conseguenza, il Giudice di Pace di Alessano ha riconosciuto legittimo l'intervento della Guardia di Finanza in considerazione del fatto che, seppur in mancanza di un'esplicita proclamazione sull'esistenza della zona contigua italiana, essa può considerarsi comunque esistente limitatamente all'esercizio dei poteri in materia di immigrazione secondo quanto previsto al summenzionato art. 12 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, con conseguente riconoscimento della sussistenza della giurisdizione italiana e del potere di reprimere una violazione commessa nella zona contigua, parallelamente al generale potere di controllo e di prevenzione delle violazioni delle norme applicabili nel mare territoriale previsto all'art. 33 CNUDM.

Con tale pronuncia, il Giudice di Pace di Alessano, accogliendo un'interpretazione estensiva dei poteri esercitabili nella zona contigua, ha ritenuto legittimo l'esercizio della giurisdizione penale italiana nei confronti di individui intercettati in suddetta fascia marittima mente erano diretti verso le coste italiane.

Infine, è necessario esaminare quanto affermato al riguardo nel decreto di archiviazione emanato l'11 ottobre 2012 dal Giudice di Pace di Lecce, su richiesta del P.M. formulata in data 24 settembre 2012.

I fatti su cui è intervenuta la decisione in esame sono desumibili sia dal verbale redatto in data 19 settembre 2012 dalla Guardia di Finanza, Sezione operativa navale di Otranto, intervenuta sul posto, sia dalla pronuncia medesima: nella notte tra il 18 e il 19 settembre 2012, il Guardacoste G.89 "Rosati" della Guardia di Finanza individuava e soccorreva, a una distanza pari a 14,7 miglia dalla costa italiana, un barchino in vetroresina alla deriva con a bordo 14 cittadini extracomunitari. Dato l'eccessivo numero di persone a bordo del natante, con conseguente rischio di affondamento, e le condizioni metereologiche avverse, i migranti venivano trasbordati sul mezzo navale della Guardia di Finanza, al solo fine di salvaguardare la loro incolumità fisica, e condotti a Otranto, dove venivano sottoposti alle cure del caso.

In tale occasione, il Giudice di Pace di Lecce è stato chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione avanzata dal P.M. per mancanza di una condizione di procedibilità.

Il P.M., dopo aver rilevato che gli indagati avevano fatto ingresso nel territorio italiano non di loro spontanea volontà, ma condotti dalle autorità per salvaguardare la loro incolumità, ha escluso la configurazione della fattispecie di immigrazione clandestina prevista e punita all'art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero,

“essendo il luogo di consumazione dell'ipotizzato reato ricadente in acque internazionali, seppur nella cosiddetta “Zona Contigua” così come disciplinata dalla Convenzione di Montego Bay (...)”.

Il magistrato inquirente ha proseguito richiamando il testo dell'art. 33 CNUDM, escludendo l'applicabilità del par. 1, lett. b), al caso concreto in considerazione del fatto che

“(...) gli indagati, al momento del loro rintraccio, non erano ancora entrati nelle acque territoriali italiane e tantomeno nel territorio italiano e quindi non avevano violato le leggi sull'immigrazione italiane”.

La richiesta di archiviazione formulata dal P.M. è stata accolta dal Giudice di Pace di Lecce, che ha ritenuto la notizia di reato infondata, in quanto, a suo parere, gli indagati erano stati rintracciati in acque internazionali.

La pronuncia del Giudice di Pace di Lecce, accedendo alla ricostruzione dei fatti e del quadro normativo internazionale effettuata dal magistrato inquirente, sembra ricalcare quanto già affermato nel 2011 dal Giudice di Pace di Alessano e appare unicamente motivata dal disposto dell'art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. A parere di chi scrive, non risulta, inoltre, pienamente comprensibile per quale ragione l'autorità giudicante si sia limitata a valutare la fattispecie solo con riferimento ai poteri di carattere repressivo esercitabili nella zona contigua e non abbia, piuttosto, considerato quelli aventi funzione preventiva.

L'analisi condotta mette in luce come l'esercizio della giurisdizione penale italiana rispetto a fatti verificatisi nella zona contigua costituisce oggi una questione ampiamente dibattuta sul piano giurisprudenziale nazionale, con notevoli ripercussioni sulla lotta al fenomeno migratorio irregolare via mare che vede l'Italia fra i principali Stati di destinazione.

4. Conclusioni

Alla luce dell'analisi sopra condotta è possibile formulare alcune brevi conclusioni riguardo il contrasto all'immigrazione irregolare via mare nella zona contigua italiana.

Per quanto concerne l'esistenza della zona marittima in esame, seppur in mancanza di un'espressa proclamazione al riguardo, è ragionevole affermare che il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero ha provveduto a istituire una zona contigua funzionalmente collegata alla materia migratoria, a esclusione delle altre attività di controllo che possono essere esplicitate dallo Stato in tale area.

Tuttavia, in considerazione della recente formazione di orientamenti giurisprudenziali contrastanti in materia di esercizio di poteri giurisdizionali e sanzionatori nei confronti di individui intercettati nella zona contigua italiana, un intervento del legislatore sarebbe oltremodo opportuno al fine di colmare le la-

cune esistenti e di rendere effettivo il contrasto all'immigrazione irregolare via mare diretta verso le coste italiane. Se, almeno in certi casi, gli sforzi degli organi giudiziari di cui si è dato conto hanno, infatti, consentito l'esercizio dell'azione penale con riferimento a fatti gravissimi che, altrimenti, rischiavano di restare impuniti, è del tutto evidente che una seria strategia di repressione del fenomeno migratorio irregolare non può essere affidata alle "acrobazie ermeneutiche" della giurisprudenza⁶⁰: le esigenze di certezza del diritto rendono non più procrastinabile un intervento del legislatore, che estenda espressamente l'ambito della giurisdizione penale italiana agli atti inequivocabilmente preordinati a favorire l'ingresso irregolare di migranti in Italia, anche se posti in essere al di là delle acque territoriali.

⁶⁰ In tal senso ANNONI, *L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... e quelle degli altri*, in *SIDIBlog*, pubblicato il 6 maggio 2015.

IL RESPINGIMENTO DI UN DRAMMA UMANO COLLETTIVO E LE SUE CONSEGUENZE

*Tullio Scovazzi**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il naufragio della Kater i Rades. – 2.A. I dati di fatto. – 2.B. Le decisioni degli organi giudiziari. – 2.C. Le norme di diritto internazionale sulla tutela della vita umana in mare. – 2.D. I due accordi tra Albania e Italia. – 2.E. “Affiancando fino a toccare”. – 2.F. Considerazioni conclusive. – 3. Il siluro intelligente e il raggio accecante. – 4. Il respingimento in mare dei migranti clandestini. – 4.A. La mancanza di un diritto di immigrare. – 4.B. Il diritto a essere soccorso in mare. – 4.C. Il diritto a non essere respinto verso un luogo dove si rischia la tortura. – 4.D. Il diritto di chiedere asilo. – 5. I respingimenti effettuati dall’Italia. – 5.A. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. – 5.B. Le modalità di esecuzione dei respingimenti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Negli ultimi tempi troppi esseri umani hanno rischiato la loro vita per attraversare una frontiera. Sono spinti dal desiderio di vivere in un luogo dove si possono evitare persecuzioni, conflitti, povertà, disastri naturali o altre calamità¹. Pagano somme enormi, considerate le loro risorse, per rischiare molto in un viaggio attraverso il deserto e il mare. Conoscono l’orario di partenza, ma non quello d’arrivo. Se mai riuscissero ad arrivare, dovrebbero affrontare l’esistenza discriminata e vulnerabile di chi si trova in una condizione di clandestinità.

È troppo semplice concludere che gli emigrati clandestini sono le vittime di trafficanti senza scrupoli che lucrano sui viaggi che organizzano per migliaia di disperati. I trafficanti sono senza dubbio criminali e contro di essi va applicato il

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

¹ Secondo il rapporto del 2014 del Segretario Generale delle Nazioni Unite su “oceani e diritto del mare”, l’Alto Commissario delle Nazioni Unite per il Rifugiati ha stimato che “at least 700 people died at sea trying to reach Italy in 2013. At least 1,880 deaths in the Mediterranean and Aegean seas had been recorded in 2014 as at mid-August” (doc. A/69/71/Add.1 del 1° settembre 2014, p. 12). Secondo l’Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, nei primi sette mesi del 2015 quasi 2000 persone hanno perso la vita nel Mediterraneo nel tentativo di raggiungere l’Italia (1930) o la Grecia (60).

diritto penale degli Stati interessati, nel quadro del Protocollo contro il contrabbando di migranti per terra, mare e aria (Palermo, 2000), relativo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (Palermo, 2000)². Ma, in realtà, gli emigranti clandestini sono anche le vittime di una frontiera o, per essere più precisi, di chi si ostina a non capire che una frontiera e i respingimenti che ne sono la conseguenza non potranno mai essere strumenti utili a far fronte a un dramma umano collettivo che sta assumendo dimensioni sempre più imponenti³. Perché un essere umano è disposto a pagare dieci e più volte il prezzo di un normale biglietto per rischiare la vita e, spesso, quella della propria famiglia in un viaggio disperato? La risposta più evidente è che, sentendosi costretto a viaggiare, risulta impossibile a quell'essere umano acquistare un normale biglietto, perché l'esistenza di una frontiera gli impedisce di viaggiare in condizioni normali. Il trafficante, per quanto criminale egli sia, è un elemento naturale di una situazione complessiva dove, mentre merci e capitali passano sempre più regolarmente e liberamente le frontiere, gli esseri umani o, meglio, i più sfortunati tra di loro non lo possono fare.

Questo contributo, che prende spunto da alcuni casi che hanno coinvolto l'Italia, intende dimostrare quanto sia assurdo pensare di far fronte a un dramma umano collettivo mediante una politica di respingimenti; quanto sia ingiusto accanirsi contro i più deboli; e, per chi resta comunque attaccato a concezioni utilitaristiche, quanto sia improduttivo condannare al rischio di morte centinaia di migliaia di esseri umani intelligenti e intraprendenti.

2. *Il naufragio della Kater i Rades*

Si pensava qualche tempo fa che, per respingere i migranti clandestini che cercano di arrivare in Italia via mare, fosse utile un'azione coercitiva di blocco e dirottamento affidata a unità della Marina Militare. Proprio una simile concezione ha determinato la sorte dei migranti albanesi che sono rimasti uccisi a seguito della collisione tra la corvetta italiana *Sibilla* e la nave priva di bandiera *Kater i Rades A 451*⁴ (si trattava di una motovedetta radiata dalla Marina albanese per

² L'Italia è parte sia della Convenzione che del Protocollo. Si noti che il Protocollo intende proteggere i diritti dei migranti clandestini (Art. 2: "The purpose of this Protocol is to prevent and combat the smuggling of migrants as well as to promote cooperation among States Parties to that end, while protecting the rights of the smuggled migrants"), che non possono essere oggetto di sanzioni penali per la loro condizione (Art. 5: "Migrants shall not be liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol").

³ Cfr. PÉCOUD & DE GUCHTENEIRE (eds.), *Migration without Borders*, Oxford, 2007; WESTRA e JUSS & SCOVAZZI (eds.), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, Farnham, 2015.

⁴ Si seguirà la versione *Kater i Rades* (letteralmente: battello in rada), più precisa di *Kater I Rades*, usata nelle sentenze italiane.

vetustà e posta in disarmo)⁵. L'incidente avvenne il 28 marzo 1997, a circa 35 miglia nautiche da Brindisi e, quindi, in alto mare. In quel periodo una grave crisi economica aveva colpito l'Albania e molti cittadini albanesi cercavano di emigrare clandestinamente all'estero, in particolare in Italia, nella speranza di trovare un futuro migliore, servendosi di natanti che prendevano il mare in assenza delle minime condizioni di sicurezza.

2.A. I dati di fatto

Molti dati di fatto sull'incidente sono stati accertati nelle sentenze penali italiane che hanno trattato del caso (Tribunale di Brindisi 19 marzo 2005, Corte d'Appello di Lecce 29 giugno 2011) e che hanno visto come imputati il comandante della *Sibilla*, capitano di fregata F. L.⁶, e il capitano-timoniere della *Kater i Rades*, N.X. I più rilevanti tra tali dati di fatto sono i seguenti.

a) Al comandante della *Sibilla* erano state impartite due direttive che gli ordinavano di svolgere “manovre cinematiche d'interposizione” (o d'interdizione):

“Tanto la prima che la seconda direttiva in vigore al momento della collisione prevedevano – per il caso di natante che dirigesse verso le coste italiane e non ottemperasse alla intimazione dell'alt – la possibilità per le navi da guerra italiane di porre in essere *manovre cinematiche di interposizione* volte a far interrompere la navigazione verso le coste italiane. (...)”

Le navi da guerra italiane cui era affidato il compito di sorveglianza delle acque internazionali e territoriali italiane per condurre azione dissuasiva verso navi/natanti con clandestini avevano:

- il potere di *adottare con determinazione ed in modo reiterato manovre cinematiche di interdizione* al fine di far desistere i natanti carichi di clandestini dalla navigazione verso le coste italiane;
- il dovere, nel porre in essere le azioni dissuasive, di condurle in sicurezza sia per il personale che per i mezzi e facendo salvo il principio della salvaguardia della vita umana in mare, addirittura *espressamente menzionando la possibilità dell'assenza*

⁵ Sull'incidente cfr. CANNIZZARO, *La tutela della sfera territoriale da intrusioni non autorizzate: in margine al caso Sibilla*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1997, p. 421; CAFFIO, *L'accordo tra l'Italia e l'Albania per il controllo e il contenimento in mare degli espatri clandestini*, in *Rivista Marittima*, giugno 1997, p. 109; SCOVAZZI, *Le norme di diritto internazionale sull'immigrazione illegale via mare con particolare riferimento ai rapporti tra Albania e Italia*, in DE GUTTRY & PAGANI (a cura di), *La crisi albanese del 1997*, Milano, 1999, p. 239; 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; LEOGRANDE, *Il naufragio – Morte nel Mediterraneo*, Milano, 2011. Un romanzo ispirato all'incidente è SHEHU, *L'ultima nave*, Molfetta, 2001.

⁶ L'imputato F. L. si è “sempre sottratto a qualsivoglia domanda delle parti e del Tribunale, al di là di talune dichiarazioni spontanee rese nel corso del giudizio di primo grado” (così la sentenza della Corte d'Appello di Lecce).

in plancia delle unità albanesi di ufficiali o, comunque, personale qualificato ed esperto nella condotta della nave; (...)

Non era invece prevista la possibilità di far luogo all'impiego di colpi di avvertimento né all'impiego della forza a fini di fermo (ad esempio l'uso di cavi o reti metalliche (...))⁷.

Le “manovre cinematiche d'interposizione” rientrano tra le pratiche di *harassment* (in italiano: disturbo intenzionale), “termine utilizzato in ambito NATO per indicare l'azione condotta da una nave per impedire, limitare o disturbare quella di un'altra nave”⁸. Si tratta di manovre dirette a creare intralcio ai movimenti di un'altra nave, come dal documento NATO “MC 192/2 – Regole d'ingaggio per le forze NATO che operano in ambiente marittimo”, acquisito agli atti del procedimento previa declassificazione⁹.

b) La versione dei fatti desumibile dalle deposizioni degli ufficiali della Marina italiana – in sintesi, che la collisione era “addebitabile esclusivamente ad una manovra errata del comandante la nave albanese che, nel tentativo di sfuggire al *pressing* operato da nave *Sibilla*, avrebbe errato nel valutare la distanza tra le due navi e la velocità relativa nella esecuzione della virata”¹⁰ (una virata a destra per sfuggire passando davanti alla prua della *Sibilla*) – non era affatto convincente:

“E, tuttavia, molti gli aspetti di questa ricostruzione che – ad avviso del Tribunale – non convincono oltre che essere in palese contrasto con le altre risultanze processuali.

Partendo dalle deposizioni dei testimoni, non può non rilevarsi come le stesse non possano essere apprezzate per completa attendibilità.

È, infatti, emerso nel corso della istruttoria dibattimentale che, all'indomani del naufragio, vi furono comportamenti posti in essere dai vertici della Marina Militare tutt'altro che collaborativi con l'attività d'indagine svolta dalla Procura della Repubblica di Brindisi: ciò che – unitamente ad altri elementi di cui si dirà tra breve – getta un'ombra sulla piena credibilità delle deposizioni sin qui cennate”¹¹.

⁷ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi. Solo a partire dalla mezzanotte del 28 marzo (e quindi dopo l'incidente) sarebbe stata operativa un'altra direttiva, che autorizzava le navi della Marina Militare italiana ad adottare progressivamente “A) manovre cinematiche d'interdizione, rispettando formalmente le regole per gli abbordi in mare; B) l'esecuzione di colpi di avvertimento; C) l'impiego di reti o cavi in modo opportuno per eseguire l'immobilizzazione del mezzo attraverso la messa fuori uso del sistema di propulsione; D) l'impiego di una squadra di abbordaggio”.

⁸ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

⁹ La “cinematica” è “la parte della meccanica che studia i movimenti indipendentemente dalle cause che li provocano o li modificano” (DEVOTO & OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Milano, 1982, p. 562).

¹⁰ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

¹¹ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

Il Tribunale di Brindisi arriva a qualificare l'atteggiamento della Marina Militare come caratterizzato da un "clima di omertà che aleggiava attorno agli accadimenti"¹²:

"Non può porsi in dubbio che – all'indomani del sinistro – si tenne una riunione nell'ufficio dell'ammiraglio Battelli volta a suggerire ai presenti in sala operativa (che, per loro stessa ammissione, non avevano compreso perfettamente cosa fosse l'*harassment*) cosa doveva esser detto agli inquirenti. Se ciò è vero, allora – ad avviso del collegio – la rappresentazione degli avvenimenti così come risultante dall'inchiesta amministrativa della Marina Militare e riprodotta nella deposizione dei testi è tutt'altro che tranquillizzante, non riuscendo a sottrarsi al sospetto che detta versione sia stata 'confezionata' successivamente al sinistro al fine di legittimare la condotta posta in essere dal F. L."¹³.

Anche la Corte d'Appello di Lecce rileva che un'attenta disamina di molte deposizioni fornite da militari della Marina italiana "consente di apprezzare ulteriori elementi di inverosimiglianza, che vieppiù ne inficiano l'attendibilità, già fortemente screditata"¹⁴, segnalando "un atteggiamento per niente affatto collaborativo con le indagini, ad opera quanto meno di taluni appartenenti alla Marina Militare"¹⁵.

c) La ricostruzione dei fatti fornita dalla Marina Militare italiana era "in stridente contrasto con le deposizioni dei superstiti del naufragio di nazionalità albanese che viaggiavano sulla *Kater i Rades*", che il Tribunale di Brindisi e la Corte d'Appello di Lecce ritengono "senz'altro attendibili"¹⁶. Ad esempio,

"Aurel Kapaj ha ricordato come da nave *Sibilla* facevano intimazioni verbali per indurre il comandante della motovedetta ad invertire la rotta, quando – ad un certo punto – la nave italiana cominciò a fare 'manovre in mare', *tagliando la rotta a quella albanese ed avvicinandosi tanto da creare un moto ondoso* che faceva urlare per la paura le donne e i bambini che si trovavano sul ponte. Udì un primo colpo e poi un secondo prima di realizzare che la motovedetta stava affondando"¹⁷.

¹² Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

¹³ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

¹⁴ Così la sentenza della Corte d'Appello di Lecce.

¹⁵ Così la sentenza della Corte d'Appello di Lecce.

¹⁶ "Occorre osservare come costoro abbiano offerto una ricostruzione della vicenda del tutto verosimile, ricca di particolari e soprattutto coerente. (...) Peraltro, (...) le stesse modalità di assunzione delle testimonianze nella immediatezza della tragedia costituiscono sufficiente garanzia di genuinità delle stesse, sol che si ricordi che essi furono allocati in una struttura della Questura, senza possibilità di riferire tra loro quanto narrato agli inquirenti e senza alcuna possibilità di conferire con avvocati ovvero rappresentanti politici o istituzionali" (così la sentenza del Tribunale di Brindisi).

¹⁷ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

d) Soprattutto la ricostruzione fornita dalla Marina Militare italiana era incompatibile con due dati di fatto.

In primo luogo, la *Kater i Rades* non poteva disporre della riserva di velocità indispensabile per compiere la manovra di virata a destra per passare davanti alla prua della *Sibilla* che le veniva attribuita dai testimoni della Marina Militare italiana (si sarebbe in sostanza trattato di una “manovra suicida”):

“Dunque, se le due navi procedevano entrambe a – o, per meglio dire, avevano entrambe la velocità impostata di – circa 10 nodi, è corollario necessitato affermare che la *Kater i Rades*, alla luce di quanto rilevato in ordine alle sue potenzialità ed alle concrete condizioni in quel momento esistenti sul mare, non disponeva in alcun modo della riserva di velocità necessaria per operare la manovra (suicida) che le viene attribuita dai testi di parte italiana (ma non da quelli di nazionalità albanese)”¹⁸.

In secondo luogo, come risultò dal recupero effettuato il 19 ottobre 1997 del relitto adagiato su di un fondale di 800 m di profondità, i due timoni della *Kater i Rades* erano ruotati in posizione per la virata a sinistra. Da questo e da altri rilievi tecnici si poteva desumere che il conducente dell'ex-motovedetta

“nell’ultima manovra stava virando a sinistra (dunque stava allontanandosi dalla corvetta italiana) e, percepito il pericolo, tentò invano la manovra di ‘indietro tutta’”¹⁹.

In particolare, la consulenza tecnica disposta dal Pubblico Ministero, eseguita con argomentazioni logico-scientifiche puntuali e coerenti²⁰, e altri mezzi di prova misero in luce la seguente sequenza:

- l’incidente avvenne alle 18,57 del 28 marzo e, quindi, in condizioni d’oscurità;
- al momento dell’incidente il mare era vicino a forza 3, “un mare certamente non gravoso per nave *Sibilla* ma certamente impegnativo per la motovedetta albanese”, che “aveva moti di deriva ed imbardata abbastanza vistosi e, quindi, spostamenti orizzontali della poppa e della prua di ampiezza non normale”²¹;
- la *Sibilla* è una corvetta di 87 m di lunghezza e 10 m di larghezza, con dislocamento di 1285 t, mentre la *Kater i Rades* era lunga 21,5 m e larga 3,5 m, con dislocamento di 56 t; la prima nave era quindi 4,2 volte più grande della seconda e i dislocamenti erano in rapporto di 38 a 1;
- la *Kater i Rades*, che era stata frettolosamente rimessa in mare da persone

¹⁸ Così la sentenza della Corte d’Appello di Lecce.

¹⁹ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

²⁰ Non è possibile in questa sede descrivere in dettaglio le deduzioni svolte dalle varie consulenze tecniche depositate agli atti del procedimento e ci si limiterà a riportare le conclusioni della consulenza ritenuta più attendibile dal Tribunale di Brindisi, svolta dal prof. Giulio Russo Krauss.

²¹ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

non esperte pochi giorni prima dell'incidente²², non era una nave progettata e realizzata per il trasporto di passeggeri e, in condizioni normali, era dotata di un equipaggio di nove unità;

– il 28 marzo 1997 la *Kater i Rades* aveva preso il largo da Valona con un equipaggio composto di soli due membri (il comandante-timoniere e il motorista);

– la *Sibilla* era subentrata nelle manovre di dissuasione a un'altra e più grossa nave della Marina italiana (la fregata *Zeffiro*), in quanto la *Kater i Rades* “si dimostrava molto manovriera e poneva in essere rapide contromanovre evasive”²³;

– alle 18 il Dipartimento militare marittimo “Ionio e Canale d'Otranto” di Taranto (Maridipart Taranto) aveva comunicato alla *Sibilla* che, qualora le azioni d'intimidazione non avessero avuto effetto, si sarebbe dovuto procedere a bloccare la *Kater i Rades* e a rimorchiarla, sotto scorta, con un rimorchiatore verso le coste albanesi;

– alla stessa ora la *Sibilla* pose in essere una prima manovra di disturbo intenzionale, raggiungendo da poppa la *Kater i Rades*, mantenendo con essa una distanza laterale di circa 50 m e intimandole con altoparlanti di fermarsi;

– in risposta a tale manovra la *Kater i Rades* compì un'improvvisa virata passando di prua alla *Sibilla*;

– presumibilmente al fine di bloccare la *Kater i Rades*, il comandante la *Sibilla*, intorno alle 18,40 “impartì l'ordine di ‘filare un cavo’ in mare al fine di far impigliare le eliche dei motori della motovedetta albanese”²⁴; il cavo fu calato in mare per 10-15 m, ma fu poi recuperato a seguito di un contrordine;

– fu poi la *Sibilla* ad avvicinarsi alla *Kater i Rades* fino a una distanza non di sicurezza, in quanto il comandante della nave italiana era intenzionato a svolgere un'azione di disturbo intenzionale con la massima consentita determinazione;

– la *Kater i Rades* “il giorno della collisione portava 100-120 persone, era priva di mezzi individuali (salvagenti o giubbotti) e collettivi (scialuppe o zattere gonfiabili) di salvataggio”²⁵;

– “la distanza ravvicinata consentiva ai militari italiani di vedere che la vedetta albanese era priva di tali dispositivi e che la stessa trasportava anche donne e bambini”²⁶;

– la *Sibilla* raggiunse di nuovo da poppa la *Kater i Rades* e iniziò a sorpassarla, avendola alla sua sinistra a una distanza ridottissima;

– “le persone che erano sul ponte della piccola nave avvertirono il pericolo e si

²² “La *Kater i Rades* A 451 è una motovedetta originariamente da guerra, posta in disarmo: radiata dai registri della Marina Militare sicuramente per vetustà e quasi sicuramente per problemi allo scafo, fu posta a secco per decidere l'eventuale demolizione ovvero la rimessa in acqua dopo importanti lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria” (così la sentenza del Tribunale di Brindisi).

²³ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

²⁴ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

²⁵ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

²⁶ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

spostarono sul lato sinistro della nave, il meno vicino alla nave militare italiana”²⁷;

– una corrispondenza tra i danni rilevati dalle due navi è possibile solo se si ipotizza che le due navi erano, nei momenti immediatamente precedenti l’incidente a distanza ravvicinatissima;

– le manovre cinematiche d’interposizione della *Sibilla* “ben poterono consistere nel tenere una rotta rettilinea ma convergente, finalizzata quanto meno ad affiancarsi pericolosamente alla motovedetta, smuovendo le onde in sua direzione, tenuto conto dell’enorme differenza di massa e, quindi, di dislocamento esistente fra le due unità, sì da indurla ad arrestarsi”²⁸;

– il comandante-timoniere della *Kater i Rades*, “scorgendo la corvetta avvicinarsi paurosamente e nel tentativo di sottrarsi a un ingaggio così stretto, manovrò per far evolvere la nave a sinistra ed allontanarsi dalla corvetta, come impone di ritenere la più volte richiamata circostanza che i due timoni della motovedetta furono rinvenuti ruotati di 27°”²⁹;

– “purtroppo, durante la ‘fase di manovra’, quindi mentre la piccola nave subiva lo sbandamento dovuto al fenomeno del c.d. ‘saluto’, il moto ondoso creò una imbardata ed una deriva della poppa della A-451 che portano questa rapidamente verso il lato sinistro della prua della corvetta”³⁰;

– “il comandante F. L., realizzato l’imminente pericolo, ordinò “*pari indietro tutta*” nella speranza di riuscire ad evitare il contatto tra le due navi o, comunque, di ridurne le conseguenze, ma la manovra fu inutile per la esigua distanza laterale tra le stesse”³¹;

– alle 18,57 vi fu un primo urto strisciante tra le due navi, che intervenne tra l’estrema prua della *Sibilla* e l’estrema poppa della *Kater i Rades*;

– al momento dell’urto la velocità della *Sibilla* era di circa 10 nodi, leggermente superiore a quella della *Kater i Rades*, di poco inferiore ai 10 nodi;

– sulla *Sibilla* si avvertì “solo il rumore sordo di un tonfo”; la *Kater i Rades*, “già inclinata di alcuni gradi sul lato sinistro (sia per effetto dello sbandamento di saluto sia perché le persone si erano spostate sul lato sinistro del ponte), fu sospinta ad inclinarsi ulteriormente a sinistra ed a ruotare intorno all’asse verticale in modo da portare la poppa al largo e la prua verso la corvetta;

– questa rotazione portò la *Kater i Rades* davanti alla prua della *Sibilla* e si determinò così un secondo urto tra le prue delle due navi, che “ebbe conseguenze più gravi del primo per la *Kater i Rades*, che sbandò ulteriormente e rapidamente sul lato sinistro (tanto da consentire all’acqua di entrare da alcuni oblò)”³²;

²⁷ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

²⁸ Così la sentenza della Corte d’Appello di Lecce.

²⁹ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³⁰ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³¹ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³² Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

- subito dopo “la corvetta fu nuovamente sulla piccola nave, ormai inclinata trasversalmente di circa 80°, colpendola con la parte bassa del dritto di prua”³³;
- dopo il primo e soprattutto dopo il secondo urto le persone che erano sul ponte furono scaraventate contro l’impavesato e caddero in mare; “mentre per quelle, numerose, che si trovavano nelle tre cabine, il secondo urto ebbe effetti catastrofici: ancora pochi istanti e la motovedetta A-451 si inabissò con il suo carico di corpi inanimati”³⁴;
- immediate furono le operazioni di soccorso ai superstiti da parte dell’equipaggio della *Sibilla* e di altre unità;
- restarono uccisi nell’incidente 58 cittadini albanesi, numero corrispondente a quello dei corpi recuperati, “pur essendo ragionevole assumere, anche in difetto di un elenco affidabile dei soggetti imbarcati, che il numero reale delle vittime sia senz’altro superiore”³⁵.

2.B. *Le decisioni degli organi giudiziari*

In presenza di una tale sequenza di eventi, il Tribunale di Brindisi giunse alla conclusione che “la collisione fu dunque il risultato delle condotte colpose dei due comandanti delle navi interessate al sinistro”³⁶, stabilendo il concorso di colpa nella misura del 60% per il F. L. e del 40% per il N.X.

In particolare, per quanto concerne il comandante della *Sibilla*,

“in primo luogo manifestamente imprudente ed imperito fu porre in essere una serie di manovre di *harassment*, via via più severe ed impegnative per la nave intercettata, accettando che i margini di sicurezza andassero riducendosi e sottovalutando le condizioni meteo marine in via di repentino peggioramento, omettendo – cioè – di valutare, per negligenza, le conseguenze che il mare, il vento e l’oscurità potevano produrre sulle manovre dissuasive di volta in volta impostate, oltre che la reazione che le persone allocate sul ponte della nave albanese potevano avere.

Ugualmente imperita la condotta serbata dal F. L. nell’ultima manovra precedente la collisione, poiché egli – a fronte di una situazione al limite della sicurezza quale quella descritta, causata dalla esigua distanza tra le navi – pur potendo ipotizzare una tempestiva idonea manovra evasiva della A 451 (che, fino a quel momento, aveva continuato a compiere contro manovre a zig-zag e che già in altra manovra immediatamente precedente aveva virato bruscamente) – impartì l’ordine “*pari indietro tutta*” tardivamente, perché non tenne conto dell’abbrivio, ovvero del moto di inerzia im-

³³ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³⁴ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³⁵ Così la sentenza della Corte d’Appello di Lecce. Secondo LEOGRANDE, *op. cit. (supra, nota 5)*, p. 213, il numero dei corpi ritrovati è 57, ai quali devono aggiungersi 24 dispersi i cui corpi non sono stati mai ritrovati. Il totale è 81.

³⁶ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

pressa alla nave dalla velocità che aveva prima dell'ordine. In altri termini, le certamente ottime capacità di manovra e di arresto della corvetta furono oltremodo sopravvalutate dall'imputato che, erroneamente, le ritenne idonee a scongiurare – sia pure *in extremis* – la criticità della situazione da egli stesso posta in essere”³⁷.

Per quanto invece concerne il comandante-timoniere della *Kater i Rades*,

“la responsabilità per i reati contestatigli discende direttamente dalla violazione di norme di sicurezza sancite dalla legislazione internazionale e dettate dalla ragione e dalla esperienza, avendo egli posto in essere manovre zigzaganti in spregio al pericolo di vita del carico umano che trasportava, manifestando noncuranza per ogni possibile pericolosa conseguenza.

Egli si pose, invero, alla guida di una nave senza avere specifici titoli professionali, trascurando di valutare che lo scafo presentava più che un inconveniente, che l'equipaggio era inesistente, con un carico di passeggeri assolutamente eccessivo per il dislocamento della motovedetta e mal sistemato a bordo della nave stessa, egli affrontò il pericoloso viaggio attraverso il canale d'Otranto alla guida di un natante privo di bandiera, privo dei dispositivi di illuminazione e di quello di salvataggio individuali (salvagenti, giubbotti) e collettivi (scialuppe).

Intercettato da ben due navi della Marina Militare (*Zeffiro* prima, *Sibilla* poi) non si fermò alle intimazioni svolte dalle due navi, né prestò quiescenza alle successive manovre dissuasive poste in essere da nave *Sibilla* per fermarlo o costringerlo a cambiare rotta; al contrario, il timoniere pose in essere contromanovre evasive, accettando condizioni di navigazione e manovra caratterizzate da sempre minore sicurezza; detto comportamento venne pervicacemente mantenuto nel tempo, nonostante le condizioni del mare andassero peggiorando e si riducesse – fino a venir meno totalmente – la luce solare”³⁸.

Il Tribunale di Brindisi condannò F. L. alla pena di tre anni di reclusione e N.X. alla pena di quattro anni di reclusione, entrambi per i reati di naufragio colposo³⁹, omicidio colposo plurimo⁴⁰ e lesioni colpose⁴¹. Non è possibile en-

³⁷ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³⁸ Così la sentenza del Tribunale di Brindisi.

³⁹ Art. 428, comma 1, cod. pen. (naufragio, sommersione o disastro aereo): “chiunque cagiona il naufragio o la sommersione di una nave o di un altro edificio natante, ovvero la caduta di un aeromobile, di altrui proprietà, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni”. Art. 83, comma 1, cod. pen. (evento diverso da quello voluto dall'agente): “(...) se, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto, il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”.

⁴⁰ Art. 589, commi 1 e 3, cod. pen. (omicidio colposo): “Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (...) Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni dodici”.

⁴¹ Art. 590, commi 1, 2 e 4, cod. pen. (lesioni personali colpose): “Chiunque cagiona ad altri

trare in questa sede nelle complesse questioni relative al risarcimento dei danni subiti dalle numerosi parti civili costituite in giudizio, danni che furono posti a carico di F. L. e, in solido, del Ministero della Difesa, quale responsabile civile⁴².

In appello fu confermata la sentenza di primo grado, ad eccezione della ripartizione del concorso di colpa tra i due imputati, modificata al 50%⁴³. La pena fu ridotta a tre anni e dieci mesi per il N.X., essendo il reato di lesioni colpose caduto in prescrizione, e a due anni e quattro mesi per il F. L., per lo stesso motivo e per la concessione delle attenuanti generiche, che erano state negate in primo grado.

La Corte di Cassazione, con sentenza 10 giugno 2014, n. 24527, rigettò i ricorsi presentati dai due imputati e dal responsabile civile, rideterminando però la pena in tre anni e sei mesi per il N.X. e in due anni per il F. L., a seguito dell'intervenuta prescrizione anche del reato di omicidio colposo⁴⁴.

2.C. *Le norme di diritto internazionale sulla tutela della vita umana in mare*

È evidente che la condotta del comandante della *Sibilla* e, quindi, dell'Italia sul piano della responsabilità internazionale violava norme consuetudinarie del diritto internazionale, riprese in trattati di cui l'Italia era parte, relative alla tutela della vita umana in mare.

per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309. Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239. (...) Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque”.

⁴² In base all'art. 82, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, “il Ministero della difesa è autorizzato, fino al limite complessivo di 10 miliardi di lire, in ragione di 5 miliardi di lire per ciascuno degli anni 2001 e 2002, a definire consensualmente, anche in deroga alle disposizioni di legge in materia, ogni lite in corso con le persone fisiche che hanno subito danni a seguito del naufragio della nave ‘Kaider I Rades A451’ avvenuto nel canale di Otranto il 28 marzo 1997”.

⁴³ Fu respinta la tesi, sostenuta dal Ministero della Difesa, che vi fosse un concorso di colpa degli albanesi trasportati per non aver essi obbligato il N.X. a desistere dal tentativo di raggiungere l'Italia, dopo le intimazioni della *Zeffiro* e della *Sibilla*. Oltre che di assoluta genericità, la tesi in questione non poteva essere condivisa perché “una volta intrapreso il viaggio per mare, tutti i trasportati erano di fatto assoggettati ai voleri del comandante, non constando minimamente – né essendo stata anche solo ipotizzata la circostanza – che qualcuno dei profughi fosse in grado di governare la motonave, tanto più nelle descritte condizioni di carico e con le condizioni di mare in via di peggioramento a distanza di qualche tempo dalla partenza” (così la sentenza della Corte d'Appello di Lecce).

⁴⁴ È il caso di segnalare che una domanda presentata da sedici cittadini albanesi alla Corte Europea dei Diritti Umani, dove si lamentava, tra l'altro, la violazione dell'art. 2 (diritto alla vita) della Convenzione europea dei diritti umani è stata dalla Corte dichiarata irricevibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne (decisione dell'11 gennaio 2001 sul caso *Viron Xhavana e quindici altri c. Italia e Albania*).

In base alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982)⁴⁵, uno Stato parte è tenuto a prendere, riguardo alle navi che battono la sua bandiera, le misure necessarie ad assicurare la sicurezza in mare, comprese le misure per prevenire le collisioni. Si tratta, in particolare, delle misure necessarie ad assicurare

“that the master, officers and, to the extent appropriate, the crew are fully conversant with and required to observe the applicable international regulations concerning the safety of life at sea, the prevention of collisions, the prevention, reduction and control of marine pollution, and the maintenance of communications by radio” (art. 94, par. 4, c).

In base al Regolamento internazionale per la prevenzione delle collisioni in mare (Londra, 1972)⁴⁶,

“Every vessel shall at all times proceed at a safe speed so that she can take proper and effective action to avoid collision and be stopped within a distance appropriate to the prevailing circumstances and conditions” (regola 6).

“Every vessel shall use all available means appropriate to the prevailing circumstances and conditions to determine if risk of collision exists. If there is any doubt such risk shall be deemed to exist” (regola 7, a)

“(...) any vessel overtaking any other shall keep out of the way of the vessel being overtaken” (regola 13, a).

Le norme sulla prevenzione delle collisioni si applicano a tutte le navi, comprese le navi da guerra⁴⁷.

Come rilevato in sintesi nella sentenza della Corte di Cassazione,

“nessuna norma di diritto interno o internazionale (sia esso consuetudinario o pattizio) avrebbe mai potuto autorizzare il comandante della *Sibilla* – non si dice a provocare il naufragio della *Kater i Rades* e il decesso del suo equipaggio, bensì (e ancor prima) – a porre in pericolo l’integrità o la sicurezza, già così originariamente precaria per le condizioni materiali e di manutenzione della nave, l’entità abnorme del numero dei trasportati e la condotta di navigazione tenuta dal timoniere”.

2.D. I due accordi tra Albania e Italia

Le “manovre cinematiche d’interposizione” (o d’interdizione) che l’Italia effettuò nei confronti della *Kater i Rades* erano qualcosa di ben diverso dal “diritto di

⁴⁵ La Convenzione è in vigore per l’Italia dal 12 febbraio 1995.

⁴⁶ La Convenzione cui il Regolamento è allegato è in vigore per l’Italia dall’11 gennaio 1979.

⁴⁷ “These Rules shall apply to all vessels upon the high seas and in all waters connected therewith navigable by seagoing vessels” (regola 1, a), del Regolamento citato nel testo).

visita” che l’art. 110 della già richiamata Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare prevede riguardo a navi senza bandiera che si trovano in alto mare⁴⁸. Le manovre in questione, che costituiscono una pesante interferenza con il diritto di libera navigazione in alto mare, non erano dirette a visitare la *Kater i Rades*, ma a deviarla da una rotta verso l’Italia, cioè a dirottarla indietro verso l’Albania.

Al riguardo, il 25 marzo 1997, e cioè tre giorni prima dell’incidente, Albania e Italia avevano concluso un accordo mediante scambio di lettere, “relativo alla collaborazione per la prevenzione degli atti illeciti che ledono l’ordine giuridico nei due Paesi e l’immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l’Albania”⁴⁹. L’accordo, entrato in vigore lo stesso 25 marzo 1997, richiamava nel preambolo “la situazione molto difficile creatasi in Albania in quest’ultimo periodo, caratterizzata da gravi violazioni dell’ordine giuridico e da un massiccio flusso illegale di cittadini verso altri paesi”. Le disposizioni sostanziali dell’accordo autorizzavano l’Italia a svolgere in alto mare attività di “fermo e di dirottamento” nei confronti di navi battenti bandiera albanese o riconducibili allo Stato albanese⁵⁰:

“Il Governo italiano offre la propria collaborazione e la propria assistenza per il controllo ed il contenimento in mare degli espatri clandestini da parte di cittadini albanesi”.

“Qualora il Governo albanese concordi, tale collaborazione si esplicherà per un iniziale periodo di trenta giorni, prorogabile di comune intesa, mediante il fermo in acque internazionali ed il dirottamento in porti albanesi da parte di unità delle Forze Navali italiane di naviglio battente bandiera albanese o comunque riconducibile allo Stato albanese, nonché il fermo in acque territoriali albanesi di naviglio di qualsiasi bandiera che effettui trasporto di cittadini albanesi che si fossero sottratti ai controlli esercitati sul territorio albanese dalle Autorità a ciò preposte”.

L’accordo del 25 marzo 1997 conteneva però una disposizione che rinviava a un immediato futuro la determinazione, mediante altro accordo, delle necessarie procedure tecniche per mettere in pratica la “collaborazione” (cioè il fermo e il dirottamento):

⁴⁸ “Except where acts of interference derive from powers conferred by treaty, a warship which encounters on the high seas a foreign ship, other than a ship entitled to complete immunity in accordance with articles 95 and 96, is not justified in boarding it unless there is reasonable ground for suspecting that: (a) the ship is engaged in piracy; (b) the ship is engaged in the slave trade; (c) the ship is engaged in unauthorized broadcasting and the flag State of the warship has jurisdiction under article 109; (d) the ship is without nationality; or (e) though flying a foreign flag or refusing to show its flag, the ship is, in reality, of the same nationality as the warship” (art. 110, par. 1).

⁴⁹ Testo in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* suppl. al n. 163 del 15 luglio 1997. È amaro che le vittime dell’incidente della *Kater i Rades* abbiano perso la loro vita in applicazione di un accordo per “l’immediato aiuto umanitario quando è messa a rischio la vita di coloro che tentano di lasciare l’Albania” (solo nel titolo, però, in quanto il contenuto dell’accordo non ha proprio nulla di umanitario).

⁵⁰ Come la *Kates i Rades* che, benché priva di bandiera, era di proprietà dello Stato albanese.

“Le competenti Autorità dei due Paesi stabiliranno con un apposito protocollo il più presto possibile le necessarie procedure tecniche per mettere in pratica questa collaborazione nelle acque territoriali albanesi e internazionali”.

Questo secondo accordo, denominato Protocollo di attuazione dello scambio di lettere del 25 marzo 1997⁵¹, fu concluso il 2 aprile successivo ed entrò in vigore lo stesso giorno, vale a dire cinque giorni dopo la data della collisione tra le due navi (28 marzo).

È interessante notare che, nel Protocollo di attuazione, sono specificate le modalità con cui doveva essere svolto il dirottamento. Non è prevista alcuna “manovra cinematica d’interposizione”, ma soltanto la scorta fino al limite delle acque territoriali italiane delle navi che non obbedissero all’ordine di rientrare in Albania (evidentemente, la collisione aveva insegnato qualcosa ai due Stati):

“Dirottamento: nel caso in cui l’unità rifiutasse la visita o la verifica a bordo rivelasse irregolarità, alla stessa sarà ordinato il rientro in un porto albanese. Qualora la medesima non ottemperi a quanto intimato, l’unità sarà scortata fino al limite delle acque territoriali italiane per essere consegnata alle competenti autorità di polizia per i successivi adempimenti di legge e quindi per la eventuale adozione di provvedimenti di sequestro, arresto e/o rimpatrio”.

Altrettanto interessante è notare il rapporto che esiste tra i due accordi. Al momento dell’incidente le “necessarie procedure tecniche” per mettere in pratica l’accordo del 25 marzo non erano state ancora concordate tra le parti. Questo significa che la conclusione del Protocollo di attuazione costituiva una condizione sospensiva, cui le parti subordinavano l’efficacia del precedente scambio di lettere. Questo significa che l’Albania si riservava il diritto di concordare con l’Italia quali tipi d’interferenze sarebbero state ammissibili e quali no (tanto è vero che il Protocollo di attuazione non menziona le “manovre cinematiche d’interposizione”). Ne consegue che il 28 marzo 1997 l’Italia non aveva alcun diritto di mettere unilateralmente in atto né dirottamenti, né “manovre cinematiche d’interposizione” nei confronti di una nave riconducibile allo Stato albanese che si trovava in alto mare⁵².

Spiace che una così semplice constatazione sia stata scartata, con argomenti tanto sovrabbondanti quanto inconsistenti, sia dal Tribunale di Brindisi, sia dalla Corte d’Appello di Lecce.

⁵¹ Testo in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* suppl. al n. 163 del 15 luglio 1997.

⁵² Non risulta che lo scambio di lettere prevedesse alcuna forma di applicazione provvisoria. Tale applicazione non può essere presunta: “A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if: (a) the treaty itself so provides; or (b) the negotiating States have in some other manner so agreed” (art. 25, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati).

2.E. “Affiancando fino a toccare”

Nel caso della collisione tra la *Sibilla* e la *Kater i Rades* i dati di fatto sono più significativi delle norme giuridiche applicabili. Proprio i dati di fatto⁵³, sui quali conviene tornare, rivelano un insieme di aggressività e di irresponsabilità da parte degli organi di Stato italiano coinvolti nell'incidente.

Le “manovre cinematiche d'interposizione” – un indegno eufemismo per mascherare il concetto “ci è venuta addosso”, espresso più volte dai testimoni albanesi⁵⁴ – sono tratte dalle “Regole d'ingaggio per le forze NATO che operano in ambiente marittimo”. La NATO (*North Atlantic Treaty Organization*) è un'alleanza politico-militare istituita con un trattato concluso a Washington nel 1949 e avente il principale obiettivo di far fronte a un attacco armato che uno Stato terzo porti contro uno Stato membro dell'alleanza. Navi malandate e cariche all'inverosimile di migranti – uomini, donne e bambini – possono mai essere equiparate a un attacco armato e fronteggiate con strumenti militari, come un blocco navale con conseguenti manovre di dirottamento? Evidentemente no; ma purtroppo sì, secondo quanto credevano i politici e i militari italiani che avevano promosso e attuato la pratica del dirottamento in mare contro i migranti clandestini⁵⁵.

I dati raccolti nei procedimenti sull'incidente della *Kater i Rades* mostrano come le autorità militari italiane che dirigevano le operazioni delle navi agissero in un’“atmosfera di forte tensione” e tramite “concite direttive”⁵⁶:

“Invero, il tenore della conversazione telefonica (...) non dà adito a dubbi di sorta in ordine alla ferma determinazione dei vertici della Marina Militare di impedire in ogni modo alla motovedetta albanese di farsi beffe del dispositivo d'altura operante di fronte alle coste albanesi e nel Canale d'Otranto”⁵⁷.

Questo è il tenore di una comunicazione intercorsa tra la *Zeffiro* e un'altra nave italiana impegnata nelle operazioni:

⁵³ *Supra*, par. 2.A.

⁵⁴ Cfr. le testimonianze riferite nella sentenza del Tribunale di Brindisi.

⁵⁵ Purtroppo anche il documento intitolato *The Alliance's Strategic Concept*, adottato nel 1999 dalla Riunione di capi di Stato e di governo dei paesi membri della NATO, equipara un “movimento incontrollato di grandi numeri di persone” a un attacco armato: “Any armed attack on the territory of the Allies, from whatever direction, would be covered by Articles 5 and 6 of the Washington Treaty. However, Alliance security must also take account of the global context. Alliance security interests can be affected by other risks of a wider nature, including acts of terrorism, sabotage and organised crime, and by the disruption of the flow of vital resources. The uncontrolled movement of large numbers of people, particularly as a consequence of armed conflicts, can also pose problems for security and stability affecting the Alliance” (par. 24).

⁵⁶ Così la sentenza della Corte d'Appello di Lecce.

⁵⁷ Così la sentenza della Corte d'Appello di Lecce.

“Dicevo (...) quindi che (...) correremo dietro questi gommoni per impedirgli di arrivare sulle coste italiane quindi (...) dovremo avere un margine di vantaggio di velocità per metterci davanti e fare qualche zigzagamento per impedirgli di procedere”⁵⁸.

Agghiacciante è la consapevolezza del pericolo che si creava con le manovre che si stavano effettuando. Risulta che, insieme all’ordine, poi revocato, di calare un cavo in mare, il comandante della *Sibilla* abbia dato anche l’ordine di apprestare i salvagenti individuali, proprio in vista del rischio che il blocco delle eliche della *Kater i Rades* provocasse la caduta in mare dei molti migranti che l’ex-motovedetta stava trasportando:

“La mancata incidenza diretta dell’operazione rispetto alla successiva collisione (...) nulla toglie al significato che l’episodio comunque assume, allo scopo di illustrare quale fosse l’*animus* da cui erano mossi i comandanti delle due unità italiane, *Zeffiro* e *Sibilla*, in tal senso non essendo inutile richiamare nuovamente l’attenzione sul già ricordato apprestamento dei salvagente individuali, che vale a significare la piena consapevolezza, da parte del F. L., del rischio concreto e tangibile che l’operazione di filatura del cavo, seppur poi abbandonata, di per sé comportava”⁵⁹.

Risulta pure “che erano state date disposizioni a *Zeffiro* ‘di fare un’azione più decisa, affiancando fino a toccare’”⁶⁰ e che

“appare del tutto impensabile (...) che lo stesso ordine non sia stato poi ‘girato’ dalla *Zeffiro* alla *Sibilla*, che ad essa era pacificamente subentrata nel tentativo di interrompere la marcia di avvicinamento all’Italia della *Kater i Rades*”⁶¹.

A un esperto di diritto penale le parole “affiancando fino a toccare” evocerebbero il concetto di dolo eventuale, che si ha quando l’agente si rappresenta e accetta la possibilità che l’evento si verifichi.

Spiace che le sentenze sull’incidente della *Kates i Rades*, per quanto esemplari per l’accurata ricostruzione dei fatti, non abbiano riguardato anche la possibile responsabilità di coloro che avevano dato l’ordine di effettuare le “manovre cinematiche d’interposizione” – che diviene ora un indegno eufemismo per mascherare il concetto “affiancando fino a toccare”. Troppo tardi, la sentenza della Corte di Cassazione accenna al “carattere criminoso” di un eventuale ordine:

“La condotta rischiosa tenuta dal F. L., nell’approssimarsi al naviglio albanese a una distanza del tutto inidonea a cautelare la possibilità di una (peraltro prevedibile)

⁵⁸ Comunicazione riportata nella sentenza del Tribunale di Brindisi.

⁵⁹ Così la sentenza della Corte d’Appello di Lecce.

⁶⁰ Così la sentenza della Corte d’Appello di Lecce.

⁶¹ Così la sentenza della Corte d’Appello di Lecce.

collisione, deve pertanto qualificarsi quale espressione di un'imprudente scelta elettiva del medesimo comandante, che, ove tenuta nell'eventuale ritenuto (putativo) adempimento di un ordine dell'autorità allo stesso gerarchicamente sovraordinata, non può in nessun caso ritenersi giustificata, atteso l'evidente carattere criminoso del contenuto di un simile eventuale ordine".

È purtroppo rimasto lettera morta il disposto dell'art. 51, comma 2, del codice penale italiano, in base al quale "se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine". Il pubblico ministero si è visto costretto a chiedere l'archiviazione dei procedimenti nei confronti degli ammiragli di squadra U.G. e A.B., in quanto l'autorità giudiziaria non era stata messa in condizione

"di valutare compiutamente la valenza, l'opportunità e l'eventuale incidenza degli ordini impartiti ai comandanti delle due navi impegnate dai comandi di terra"⁶².

Questo perché il filmato che documentava le fasi dell'ingaggio tra le due navi s'interrompeva inspiegabilmente⁶³, perché le bobine contenenti le registrazioni radio tra navi e tra navi e comandi riproducevano conversazioni scarsamente intellegibili⁶⁴ e perché l'imputato F. L. si era avvalso della facoltà di non rispondere alle domande del pubblico ministero⁶⁵.

2.F. Considerazioni conclusive

Le conclusioni da trarre dal naufragio della *Kates i Rades* devono essere semplici, come esige il rispetto dovuto alla memoria delle vittime: uomini, donne e bambini che cercavano un luogo dove vivere una vita decente e hanno invece trovato la morte in mare. È una vergogna per l'Italia che il dirottamento in mare sia stato concepito come uno strumento adatto a far fronte a un dramma umano

⁶² Passi della richiesta di archiviazione sono riprodotti in LEOGRANDE, *op. cit.* (*supra*, nota 5), p. 102.

⁶³ "Il filmato girato da uno strumento di bordo di Nave *Zeffiro*, che documenta le fasi dell'ingaggio tra la Nave *Kater i Rades A 451* e Nave *Sibilla*, s'interrompe inspiegabilmente, con ciò dettando non pochi sospetti, proprio nel momento in cui viene inquadrata la prua della nave *Sibilla* che si avvicina minacciosamente alla nave albanese" (*ibidem*).

⁶⁴ "Le bobine contenenti le registrazioni radio effettuate tra navi e tra navi e comandi di terra tra le ore 17 e le ore 19 del 28 marzo 1997, così come consegnate a questo pm, riproducono segnali e conversazioni scarsamente intellegibili, quando non, come nel caso del documento più importante, quello delle comunicazioni registrate a bordo della *Sibilla*, inerenti a momenti temporali diversi da quello utile" (*ibidem*).

⁶⁵ "L'unica persona che avrebbe potuto a riguardo fornire indicazioni circa il significato e la provenienza degli ultimi ordini emanati e ricevuti, ovvero il comandante F. L., ha ritenuto di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del pm" (*ibidem*).

collettivo, come era l'emigrazione di massa dall'Albania; ed è una vergogna per l'Italia aver adottato a tal fine la pratica delle "manovre cinematiche d'interposizione", come previsto dalle "Regole d'ingaggio per le forze NATO che operano in ambiente marittimo". Le battaglie navali vanno combattute contro nemici diversi da uomini, donne e bambini che cercano un luogo dove vivere una vita decente.

La mancanza della volontà di determinare un naufragio non significa necessariamente l'assenza di responsabilità sul piano del diritto internazionale. Eventi che talora si verificano – e che possono vedere anche l'Italia dalla parte degli Stati lesi, come quando un aereo militare americano in addestramento ha spezzato i cavi di una funivia (sciagura del Cermis del 3 febbraio 1998) – ribadiscono l'estrema prudenza con cui si devono usare i mezzi militari in tempo di pace, soprattutto quando vi è il rischio di ledere persone o strutture civili. La collisione tra le navi *Kater i Rades* e *Sibilla* è uno di questi eventi. La stessa dignità nazionale di uno Stato come l'Italia imporrebbe di sottostare alle conseguenze che il diritto internazionale collega al compimento di un illecito: il riconoscimento dei fatti, il risarcimento del danno alle vittime, le scuse formali, le prestazioni di garanzie che comportamenti del genere non saranno più tenuti.

3. *Il siluro intelligente e il raggio accecante*

Il tentativo della *Sibilla* di calare un cavo in mare per bloccare le eliche di una nave carica di migranti ha trovato in Italia un seguito, per fortuna soltanto teorico, in alcune proposte avanzate in una ricerca collettiva sul tema "Il controllo dei traffici migratori illeciti nel Mare Mediterraneo", promossa dalla Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze e dal Centro Studi Geopolitica Economica, coordinata da Carlo Jean e Gian Maria Piccinelli e diretta da Osvaldo Cucuzza. Tra i vari studi contenuti nei tre volumi in cui si sviluppa la ricerca⁶⁶, molto interessante, ma anche molto inquietante, è quello intitolato "Profili tecnologici – Armi non letali", curato da Luciano Caglioti e Ferrante Pierantoni.

Senza darne alcuna dimostrazione, lo studio in questione parte dalla premessa che i gruppi di immigranti clandestini necessariamente includano anche terroristi⁶⁷, traendone alcune conseguenze riguardo alla "brutalità" consentita nella lotta contro l'immigrazione clandestina:

"Innanzitutto, il problema dei clandestini che cercano una vita migliore si interseca con quello costituito dai potenziali terroristi e dai loro fiancheggiatori. Anche se in genere i terroristi dispongono di denaro, passaporti, buoni supporti logistici, con

⁶⁶ *Il controllo dei traffici migratori illeciti nel Mare Mediterraneo*, Roma, 2003.

⁶⁷ Cfr., in senso contrario, SAULLE & MANCA (a cura di), *Migrazione e terrorismo – Due fenomeni impropriamente abbinati*, Napoli, 2006.

la possibilità di viaggiare in aereo in un contesto di apparente legittimità piuttosto che su di uno scomodo, affollato e rischioso gommone – non si può escludere che almeno per una frazione destinata a manovalanza, o all'esigenza di evitare anche il minimo controllo della Polizia di Frontiera, i due problemi si intersechino. Il che potrebbe assumere un certo peso nella scelta dei metodi da adottare in termini di pericolosità e della massima 'brutalità' accettabile"⁶⁸.

In una simile situazione, considerata anche la tradizionale "tolleranza" delle autorità italiane⁶⁹, lo studio propone il ricorso ad alcuni tipi di armi non letali:

"Vi sono Paesi che hanno, al sorgere del fenomeno, dichiarato un atteggiamento di 'tolleranza zero', mentre l'Italia si è schierata, nei fatti, con i più tolleranti fra i Paesi europei. Si è quindi sviluppato un sistema che vede il nostro paese fra quelli 'preferiti', anche per la particolare situazione geografica. Gli interventi di dissuasione dovranno essere molto fermi, e tali da non permettere tentativi di forzare il blocco. L'uso delle armi, o di speronamenti, appare controindicato, né idonee appaiono le armi letali di ogni tipo, comprese le onde elettromagnetiche e sonore, per la difficoltà di raggiungere la sicurezza che organismi deboli o indeboliti, non solo bambini e vecchi, non possano ricavare danni irreversibili"⁷⁰.

L'arma non letale più appropriata sarebbe, secondo lo studio, il siluro intelligente:

"Una possibile soluzione al problema di come bloccare gommoni e altre imbarcazioni in mare aperto dopo averli individuati a distanza, escludendo effetti letali e minimizzando al massimo la possibilità di provocare danni fisici alle persone, fattibile sotto il profilo tecnologico ed economico, consiste nel blocco delle eliche del motore fuoribordo realizzato mediante cavi subacquei sospesi al pelo dell'acqua e portati in zona da un vettore subacqueo realizzato a partire da un siluro pesante opportunamente adattato"⁷¹.

Il siluro intelligente – segnala lo studio – può essere lanciato da terra, da aerei ad ala fissa o rotante, da natanti o da veicoli aerei privi di equipaggio⁷². Esso raggiunge una velocità di 50 nodi, ha una portata più che sufficiente "per farlo operare anche al di fuori delle acque territoriali" ed è dotato dell'autonomia necessaria per tornare indietro ed essere recuperato senza problemi. Per la precisione, il siluro intelligente funziona così:

⁶⁸ *Il controllo, op. cit. (supra, nota 66)*, I, p. 424.

⁶⁹ La supposizione che le autorità italiane siano, per definizione, più tolleranti delle autorità di altri paesi costituisce un luogo comune che richiederebbe una ben più esauriente dimostrazione.

⁷⁰ *Il controllo, op. cit. (supra, nota 66)*, I, p. 430.

⁷¹ *Ibidem*, I, p. 431.

⁷² Lo studio (*ibidem*, I, p. 434) usa l'espressione "UAV (Unmanned Aerial Vehicles)".

“Dalla poppa il siluro fa uscire degli ‘spaghetti’, pezzi di cima di nailon, acciaio o altro materiale, rivestiti di materiale galleggiante solubile in acqua. Il motoscafo ci passa sopra e si impigliano nei piedi dei motori e bloccano le eliche, magari spaccando il parastrappi del piede. Il natante si immobilizza in modo graduale. Dopo un determinato tempo, gli spaghetti blocca elica perdono il rivestimento di materiale galleggiante e vanno a fondo”⁷³.

Molta attenzione presta lo studio alle valutazioni di natura economica. Per l’acquisto di un siluro si spendono circa 1.000.000 euro. Ogni siluro può essere utilizzato per un centinaio di missioni, con un costo di rigenerazione di circa 150.000 euro. Il reperimento dei siluri non dovrebbe risultare difficile:

“(…) sembra che la Marina abbia un eccesso di siluri nei suoi magazzini e stia cercando di rivenderli a prezzo di realizzo, per cui potrebbe esistere la possibilità di una interessante diminuzione del costo di acquisto del singolo pezzo”⁷⁴.

Resta il fatto che lo studio non dedica alcuna considerazione alle questioni di natura giuridica e procede come se il diritto non esistesse. Come potrebbe l’Italia mettersi a sparare a destra e a manca siluri intelligenti “al di fuori delle acque territoriali” (e, quindi, in alto mare), senza violare le norme di diritto internazionale in materia di libertà dell’alto mare e di esclusiva giurisdizione sulle navi da parte dello Stato di bandiera? Come potrebbe la pratica del siluro intelligente essere compatibile con i vari trattati in tema di sicurezza della navigazione di cui l’Italia è parte? E come potrebbe l’Italia lasciare che gli “spaghetti” del siluro intelligente vadano a fondo, una volta concluso il loro compito, senza violare le norme dei trattati in materia di immersione di rifiuti in mare? Nello studio non si trovano risposte ai quesiti.

A parte i dettagli di natura giuridica, preoccupante è il fatto che il profilo non spieghi in che modo l’arresto incontrollato della corsa di un’imbarcazione quasi sempre sovraccarica di esseri umani e poco idonea a tenere il mare non determini un serio rischio di conseguenze letali. Per la verità, in un passo dello studio emerge qualche dubbio sull’impiego del siluro intelligente in certe situazioni:

“Appare comunque chiaro che esistono due situazioni-limite: un natante che si avvicina alla costa pieno di immigrati, e lo stesso natante che ritorna vuoto ai porti di origine, avendo a bordo i soli ‘scafisti’. In questo secondo caso le procedure di intercettazione possono essere meno restrittive, ed adeguate alla repressione di una violazione non autorizzata del territorio italiano da parte di persone che compiono un reato”⁷⁵.

⁷³ *Ibidem*, I, p. 434.

⁷⁴ *Ibidem*, I, p. 435. Non è chiaro a chi la Marina Militare, che fa parte dello Stato italiano, avrebbe dovuto vendere i siluri.

⁷⁵ *Ibidem*, I, p. 435.

Tuttavia, tali considerazioni sono abbondantemente bilanciate dal fatto che lo studio passa, subito dopo, alla segnalazione di altri tipi di armi non letali. Si tratta delle armi acustiche, delle armi ottiche, delle bucce di banana istantanee⁷⁶, delle barriere a schiuma, degli agenti sedativi veicolabili per assorbimento attraverso la pelle (come le siringhe predisposte per essere sparate), delle onde elettromagnetiche, dei proiettili speciali (rivestiti di gomma o contenenti liquidi), degli agenti antisommossa (lacrimogeni, irritanti, incapacitanti). Lo studio avverte che l'uso di tali congegni è oggetto di grande preoccupazione da parte di varie organizzazioni etiche, enti religiosi e associazioni senza fini di lucro⁷⁷. Tra tutti i congegni sopra elencati, la preferenza dello studio va, ai fini dell'effettuazione di uno studio di fattibilità, verso i sistemi attivi di dissuasione montati su veicoli⁷⁸:

“Questa soluzione consiste nell'impiego di fasci di radiazioni con lunghezza d'onda dell'ordine del millimetro per provocare un rapidissimo riscaldamento della superficie esterna della pelle delle persone colpite provocando un forte dolore, che scompare se il trasmettitore viene spento o la persona colpita esce dalla zona coperta dal raggio”⁷⁹.

In uno slancio d'inaspettata generosità, lo studio arriva a rivelare agli immigrati clandestini (e ai terroristi che immancabilmente sono con loro) qual è la miglior tecnica di difesa da tali congegni e dal principale rischio che essi comportano (l'accecamiento):

“Il pericolo maggiore deriva dalla possibilità di provocare danni permanenti agli occhi, anche se è molto facile ripararsi dagli effetti del raggio voltando il capo da un'altra parte”⁸⁰.

È il caso, a questo punto, che il lettore valuti da solo se le proposte contenute nello studio costituiscano uno strumento legittimo e dignitoso con cui uno Stato possa far fronte al fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare e ai drammi umani che esso comporta; oppure se si tratti di manifestazioni di irresponsabilità sfrenata. Nel caso dell'Italia, non risulta che il governo o altri organi pubblici abbiano mai dato seguito a tali proposte.

⁷⁶ Non è chiaro come le bucce di banana istantanee possano essere utilmente utilizzate in mare.

⁷⁷ Forse, ma è una mia supposizione, anche i giuristi potrebbero essere preoccupati per l'uso dei congegni in questione.

⁷⁸ Lo studio usa l'espressione “VMADS (Vehicle Mounted Active Denial System)”.

⁷⁹ *Ibidem*, I, p. 436.

⁸⁰ *Ibidem*, I, p. 437.

4. *Il respingimento in mare dei migranti clandestini*

4.A. *La mancanza di un diritto di immigrare*

Se non possono essere oggetto di manovre cinematiche d'interposizione e nemmeno bersagliati da siluri intelligenti o raggi accecanti, gli immigrati clandestini possono almeno essere respinti indietro quando sono in mare? Questa domanda consente di passare dall'ambito della follia, toccato nell'esposizione svolta finora, a quello del diritto⁸¹.

L'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata nel 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, stabilisce che ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio⁸². Lo stesso diritto è previsto nell'art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966)⁸³. Il diritto umano di emigrare è però un diritto asimmetrico, nel senso che non si accompagna a un corrispondente diritto umano di immigrare. Secondo il diritto internazionale consuetudinario e a meno che disposizioni di trattati non prevedano diversamente, ogni Stato ha il diritto sovrano di consentire o di vietare agli stranieri di entrare sul proprio territorio. Se non è ammesso in nessuno Stato, dove potrà stabilirsi il migrante? In alto mare? Nel settore antartico non rivendicato da alcuno Stato? Sulla Luna o sugli altri corpi celesti?

Vi sono però vari limiti al diritto di uno Stato di respingere i migranti che volessero entrare nel suo territorio, come si cercherà qui di seguito di mettere in evidenza.

⁸¹ Cfr. RONZITTI, *Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea*, in ANDO e MCWHINNEY & WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, 2002, II, p. 1271; MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, p. 75; CARTA, *Misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti*, Milano, 2008, p. 81; TREVISANUT, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 523; SALAMONE, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare, nel diritto italiano, europeo e internazionale*, Torino, 2011; TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare – Diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012; DI FILIPPO, *Irregular Migration and Safeguard of Life at Sea. International Rules and Recent Developments in the Mediterranean Sea*, in DEL VECCHIO (ed.), *International Law of the Sea – Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, 2014, p. 1; 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; SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212.

⁸² "Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country".

⁸³ "Everyone shall be free to leave any country, including his own".

4.B. *Il diritto a essere soccorso in mare*

Se si potesse lasciare al loro destino i migranti clandestini che si trovano in situazione di pericolo in mare, il problema del loro respingimento si risolverebbe da solo. Tuttavia gli Stati hanno l'obbligo di soccorrere i migranti clandestini, come ogni altro essere umano che si trovi in tale situazione. Quest'obbligo, che discende da antiche consuetudini marinare, è oggi previsto dall'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982)⁸⁴:

“1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

(a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;

(b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;

(c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.

2 Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose”.

Come si vede, lo Stato è obbligato non solo a soccorrere nei singoli casi di pericolo, ma anche ad adottare misure strutturali per far fronte al problema, come lo stabilimento di un adeguato servizio di ricerca e soccorso in mare.

La principale forma di cooperazione internazionale in proposito è oggi data dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimi (Londra, 1979; emendata nel 1998 e 2004; detta Convenzione SAR), che pone a carico delle parti l'obbligo di fornire assistenza alle persone in pericolo in mare:

“Parties shall ensure that assistance is provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found” (cap. 2.1.10)⁸⁵.

Secondo la Convenzione SAR, le parti devono stabilire delle regioni di ricerca e soccorso (cap. 2.1.4), intese come aree di dimensione definita associate a un centro di coordinamento del soccorso, dove sono forniti i servizi di ricerca e soccorso (cap. 1.2.4)⁸⁶.

⁸⁴ L'obbligo dello Stato di soccorrere le persone in pericolo in mare è anche una diretta conseguenza del diritto umano alla vita, che è tutelato in molti trattati relativi ai diritti umani.

⁸⁵ I riferimenti ai capitoli riguardano l'allegato alla Convenzione SAR.

⁸⁶ La delimitazione delle regioni di ricerca e soccorso tra Stati adiacenti od opposti non riguarda e non pregiudica la delimitazione dei confini marittimi tra Stati (cap. 2.1.7).

Gli obblighi delle parti non si limitano a salvare le persone in pericolo, ma comprendono anche la consegna di tali persone in un “luogo sicuro” (*place of safety*), come conferma la definizione di “soccorso”:

“Rescue’. An operation to retrieve persons in distress, provide for their initial medical or other needs, and deliver them to a place of safety” (cap. 1.3.2).

È un dato di fatto che, una volta soccorse, le persone tratte in salvo, compresi i migranti clandestini, non si smaterializzano, ma devono essere trasportate da qualche parte. Purtroppo, la Convenzione SAR, nonostante i suoi emendamenti e nonostante le indicazioni (non vincolanti) date dalle Linee-guida sul trattamento delle persone soccorse in mare, adottate nel 2004 dal Comitato sulla sicurezza marittima dell’Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), non fornisce indicazioni precise su come determinare il luogo sicuro⁸⁷. Si tratta di un’imprecisione che costituisce una grave carenza della Convenzione SAR e che dimostra la riluttanza degli Stati ad assumere chiari impegni, quando il tema dell’immigrazione clandestina entra in gioco. Tale imprecisione ha portato a ben note situazioni di protratto divieto di sbarco, come i casi della nave norvegese *Tampa*, che riguardava l’Australia⁸⁸, o della nave tedesca *Cap Anamur*, che riguardava Italia e Malta⁸⁹, dimostrano.

Resta però il fatto che i migranti clandestini, qualora si trovino in situazione di pericolo in mare, hanno diritto di essere soccorsi e di essere trasportati in un luogo sicuro, per quanto complessa possa essere, in certi casi, la determinazione di tale luogo.

4.C. *Il diritto a non essere respinto verso un luogo dove si rischia la tortura*

Un fondamentale diritto umano è quello di non essere sottoposto a tortura o a trattamenti o punizioni disumani o degradanti, come previsto, per richiamare trattati di cui l’Italia è parte, dall’art. 3 della Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Roma, 1950; detta Convenzione europea dei diritti umani), dall’art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966) e dalla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti (New York, 1984). Questi trattati pre-

⁸⁷ Cfr. COPPENS & SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 377.

⁸⁸ Cfr. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, p. 61.

⁸⁹ Cfr. TREVISANUT, *Le Cap Anamur: profils de droit international et de droit de la mer*, in *Annuaire du Droit de la Mer*, 2004, p. 49.

vedono che nessuna deroga può essere fatta al divieto di tortura⁹⁰. Come stabilisce l'art. 2 della citata Convenzione contro la tortura,

“no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture”.

L'individuo è protetto dalla tortura anche in modo indiretto, in quanto il diritto internazionale vieta allo Stato di estradare, espellere o comunque respingere una persona verso un altro Stato dove sussista un fondato rischio che questa sia sottoposta a tortura. Questa norma è chiaramente espressa nell'art. 3 della Convenzione contro la tortura⁹¹ ed è stata affermata in molte decisioni di corti internazionali competenti in tema di diritti umani⁹².

Ne consegue che i migranti clandestini, come tutti gli esseri umani, non possono essere respinti verso uno Stato dove corrano il fondato rischio di essere torturati, anche se questo Stato è quello di cui essi sono cittadini o dove hanno la residenza o da dove sono partiti nel loro viaggio. Per gli Stati, come l'Italia, che sono parti di trattati che vietano la pena di morte⁹³, lo stesso divieto si applica nel caso di respingimento verso paesi dove la persona in questione corra il rischio di una condanna alla pena capitale.

4.D. *Il diritto di chiedere asilo*

Altri diritti umani che possono avere rilievo per i migranti clandestini sono collegati alla condizione di rifugiato, regolata dalla Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati (Ginevra, 1951), di cui l'Italia è parte⁹⁴, e dalle norme rilevanti dei diritti interni⁹⁵. Le disposizioni della Conv. Rif. sono fatte salve nel

⁹⁰ Alla domanda se un essere umano può venire torturato c'è una sola e semplice risposta: no, mai. Secondo il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Iugoslavia, “the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact (...) that the prohibition of torture is a peremptory norm or *jus cogens*” (sentenza del 10 dicembre 1998 nel caso *Furundžija*, par. 144).

⁹¹ “No State Party shall expel, return (*refouler*) or extradite a person to another State where there are substantial grounds to believe that he would be in danger of being subjected to torture”.

⁹² Si veda la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani a partire dalla sentenza del 7 luglio 1989 sul caso *Soering c. Regno Unito*.

⁹³ Cfr. il Protocollo aggiuntivo n. 13 (Vilnius, 2002) alla Convenzione europea dei diritti umani, che vieta la pena di morte senza ammettere alcuna eccezione.

⁹⁴ Qui di seguito: Conv. Rif. Cfr. GOODWIN-GIL & MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007; KNEEBONE (ed.), *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law*, Cambridge, 2009; GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum*, Cambridge, 2011.

⁹⁵ Per l'Italia cfr. l'art. 10, comma 3, della Costituzione (“Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana,

già richiamato⁹⁶ Protocollo contro il contrabbando di migranti:

“Nothing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein” (art. 22, par. 1).

La condizione di rifugiato è un dato di fatto, che non dipende da un riconoscimento da parte di un'autorità e che consegue dal fondato timore di essere perseguitato per una serie di ragioni⁹⁷. Il rifugiato è definito dalla Conv. Rif. come una persona che

“owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it” (art. 1, par. A.2).

Come è facile notare, la definizione non include le persone che intendono fuggire da conflitti, internazionali o interni, da disastri naturali o dalla povertà, che sono invece la maggior parte degli attuali migranti clandestini.

La Conv. Rif. non attribuisce al rifugiato il diritto di ricevere asilo sul territorio di uno Stato parte⁹⁸. A questo riguardo la Conv. Rif. non si conforma all'art. 14, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti umani (“everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution”). Secondo la Conv. Rif. al rifugiato è soltanto dato il diritto di non essere respinto verso uno Stato, compreso il proprio, dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per una serie di ragioni (diritto di *non-refoulement*, secondo l'espressione francese comunemente usata):

“No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threat-

ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge”) e il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, modificato dal decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18.

⁹⁶ *Supra*, par. 1.

⁹⁷ Cfr. FISHEL DE ANDRADE, *On the Development of the Concept of "Persecution" in International Refugee Law*, in *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2008, p. 114.

⁹⁸ Tale diritto può essere dato dal diritto interno di uno Stato parte. Si veda il già richiamato (*supra*, nota 95), art. 10, comma 3, della Costituzione italiana.

ened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion” (art. 33, par. 1)⁹⁹.

È questo un altro esempio di diritto asimmetrico¹⁰⁰, nel senso che un rifugiato, che ha il diritto di non essere respinto in uno Stato dove sarebbe perseguitato, non ha il diritto di entrare in uno Stato dove non sarebbe perseguitato. Se non è ammesso in nessuno Stato, dove potrà stabilirsi il rifugiato? In alto mare? Nel settore antartico non rivendicato da alcuno Stato? Sulla Luna o sugli altri corpi celesti?

È deplorabile che la Conv. Rif. non sia sufficientemente chiara su di una questione così importante. Tuttavia, si può considerare implicito in un trattato che riconosce “la natura sociale e umanitaria del problema dei rifugiati” (preambolo) che un rifugiato che è al di fuori dello Stato da cui fugge e che si presenta a un agente di uno Stato parte ha il diritto di presentare una domanda d’asilo. Gli Stati non possono giocare con i diritti asimmetrici fino a un punto in cui lo stesso obiettivo di un trattato di natura umanitaria risulti cancellato. Se pure non può decidere se, dove e quando sarà ammesso, il rifugiato ha almeno il diritto di presentare una domanda d’asilo a uno Stato parte alla Conv. Rif. e di vederla esaminata in modo equo ed efficiente.

Come rilevato dall’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati¹⁰¹, che ha l’incarico di seguire l’applicazione della Conv. Rif.,

“as a general rule, in order to give effect to their obligations under the 1951 Convention and/or 1967 Protocol, States will be required to grant individuals seeking in-

⁹⁹ Il diritto di non essere respinto ha un’eccezione: “The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country” (art. 33, par. 2, Conv. Rif.). Nella sentenza del 28 febbraio 2008 sul caso *Saadi c. Italy*, relative all’espulsione dall’Italia verso la Tunisia di un cittadino tunisino condannato nel suo paese per reati di terrorismo, la Corte Europea dei Diritti Umani ha concluso che l’art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, che vieta la tortura o i trattamenti disumani o degradanti ha la priorità sull’art. 33, par. 2, Conv. Rif.: “Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. As the Court has repeatedly held, there can be no derogation from that rule. It must therefore reaffirm the principle (...) that it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State. In that connection, the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account, with the consequence that the protection afforded by Article 3 is broader than that provided for in Articles 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees” (par. 138).

¹⁰⁰ *Supra*, par. 4.A.

¹⁰¹ Qui di seguito: UNCHR.

ternational protection access to the territory and to fair and efficient asylum procedures”¹⁰².

Già nel 1979, il Comitato Esecutivo dell’UNHCR aveva posto in evidenza la necessità di offrire un rifugio provvisorio ai richiedenti asilo:

“In cases of large-scale influx, persons seeking asylum should always receive at least temporary refuge. States which because of their geographical situation, or otherwise, are faced with a large-scale influx should as necessary and at the request of the State concerned receive immediate assistance from other States in accordance with the principle of equitable burden-sharing. Such States should consult with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees as soon as possible to ensure that the persons involved are fully protected, are given emergency assistance, and that durable solutions are sought”¹⁰³.

Nel caso dei rifugiati che si trovano in mare è utile richiamare il già citato Art. 1, par. A.2, della Conv. Rif., che attribuisce la condizione di rifugiato a una persona che si trova al di fuori del paese di sua nazionalità¹⁰⁴. Una persona che si trova in alto mare, al di là del limite del mare territoriale del suo Stato (di solito, 12 miglia marine dalla costa), può quindi qualificarsi come rifugiato, se le altre condizioni richieste sono soddisfatte. Questa persona ha quindi il diritto di non essere respinta, di presentare una domanda d’asilo e di vederla esaminata in modo equo ed efficiente.

Come messo in luce dall’UNHCR, vi è la preoccupazione che le misure di controllo dell’immigrazione poste in essere in mare (cosiddette misure d’intercettazione) non distinguano tra rifugiati e migranti clandestini, respingendo rifugiati che hanno necessità di una protezione internazionale:

“States have a legitimate interest in controlling irregular migration. Unfortunately, existing control tools, such as visa requirements and the imposition of carrier sanctions, as well as interception measures, often do not differentiate between genuine asylum-seekers and economic migrants”¹⁰⁵.

¹⁰² UNCHR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007, par. 8.

¹⁰³ UNCHR Executive Committee, *Conclusions No. 15 on Refugees without an Asylum Country*, par. f.

¹⁰⁴ Cfr. GOODWIN-GIL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, p. 443.

¹⁰⁵ UNHCR, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, UN Doc EC/50/SC/CPR.17, 9 giugno 2000, par. 17.

L'obbligo di non respingimento, previsto nell'art. 33, par. 1, della Conv. Rif., che è un diritto umano specificamente applicabile ai rifugiati, vincola gli Stati parti anche quando i loro agenti operano in alto mare. Come rilevato dall'UNHCR,

“the principle of *non-refoulement* does not imply any geographical limitation. In UNCHR's understanding, the resulting obligations extend to all governments agents acting in an official capacity, within or outside national territory. Given the practice of States to intercept persons at great distance from their own territory, the international refugee protection regime would be rendered ineffective if States' agents abroad were free to act at variance with obligations under international refugee law and human rights law”¹⁰⁶.

Dato che l'identificazione dei richiedenti asilo e la valutazione delle loro domande sono attività che normalmente non possono essere svolte a bordo di navi, lo Stato che ha intercettato dei potenziali rifugiati ha l'obbligo di sbarcarli in un luogo dove essi possano esercitare il diritto di presentare una domanda d'asilo e di vederla esaminata in modo equo ed efficiente. Questo luogo è di solito situato sul territorio dello stesso Stato d'intercettazione:

“UNHCR's position is that claims for international protection made by intercepted persons are in principle to be processed in procedures within the territory of the intercepting State. This will usually be the most practical means to provide access to reception facilities and to fair and efficient asylum procedures – core components of any protection-sensitive entry system – and to ensure protection of the rights of the individual”¹⁰⁷.

Secondo l'UNCHR, le misure per l'accoglienza provvisoria dei potenziali rifugiati devono far fronte alle loro necessità essenziali e fornire loro un soggiorno compatibile con il diritto a un adeguato livello di vita¹⁰⁸. Soggiorni prolungati in stabilimenti chiusi non sono appropriati¹⁰⁹. Le persone con particolari esigenze,

¹⁰⁶ UNHCR, *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, UN doc. EC/50/SC/CPR.17, 9 giugno 2000, par. 23. Cfr. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, p. 205.

¹⁰⁷ UNHCR, Protection Policy Paper, *Maritime Interception Operations and the Processing of International Protection Claims: Legal Standards and Policy Considerations with Respect to Extraterritorial Processing*, novembre 2010, par. 2. “However, under certain circumstances, the processing of international protection claims outside the intercepting State could be an alternative to standard ‘incountry’ procedures. Notably, this could be the case when extraterritorial processing is used as part of a burden-sharing arrangement to more fairly distribute responsibilities and enhance available protection space” (*ibidem*, par. 3).

¹⁰⁸ *Ibidem*, par. 23.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 27.

come i bambini, le donne, le vittime di torture o traumi, richiedono speciale considerazione¹¹⁰.

5. *I respingimenti effettuati dall'Italia*

Anche l'idea di respingere i migranti clandestini quando si trovavano in alto mare è stata messa in pratica dall'Italia, senza preoccuparsi del rischio che essi potessero subire torture una volta ricacciati indietro e senza consentire che i richiedenti asilo fossero messi in condizione di fare domanda. Una simile pratica è stata attuata nel 2009 con una serie di respingimenti verso la Libia e l'Algeria, che hanno colpito migranti aventi la nazionalità della Somalia, dell'Eritrea e di altri paesi africani.

5.A. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*

Rileva riguardo ai respingimenti italiani la sentenza del 23 febbraio 2012 della Corte Europea dei Diritti Umani (Grande Camera) sul caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*¹¹¹. Il ricorso era proposto da undici somali e tredici eritrei che facevano parte di un gruppo di circa duecento migranti intercettati in mare da navi di Stato italiane e da queste soccorsi, presi a bordo e trasportati forzatamente verso la Libia. I ricorrenti sostenevano che erano stati violate alcune disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani, tra le quali l'art. 3 (tortura) e l'art. 4 (divieto di espulsioni collettive di stranieri) del Protocollo n. 4.

La Corte muove dalla premessa che la Convenzione si applica anche nell'alto mare, che non può essere considerato uno spazio al di fuori della legge:

“(...) as regards the exercise by a State of its jurisdiction on the high seas, the Court has already stated that the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction”¹¹².

¹¹⁰ *Ibidem*, par. 28. Si vedano anche le conclusioni di una riunione d'esperti su “Refugees and asylum-seekers in distress at sea – How best to respond?”, tenuta a Gibuti nel novembre 2011 con il patrocinio dell'UNHCR, che includono un “Model framework for cooperation following rescue at sea operations involving refugees and asylum-seekers”.

¹¹¹ Cfr. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2012, p. 491; LENZERINI, *Il principio del non refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 721; LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 415.

¹¹² Par. 178.

Conseguentemente, la Corte precisa che le operazioni d'intercettazione di migranti clandestini devono essere svolte in conformità con gli obblighi derivanti dalla Convenzione stessa:

“Having regard to the foregoing, the Court considers that the removal of aliens carried out in the context of interceptions on the high seas by the authorities of a State in the exercise of their sovereign authority, the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State, constitutes an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention which engages the responsibility of the State in question under Article 4 of Protocol No. 4”¹¹³.

La Corte segnala anche che gli obblighi derivanti dalla Convenzione non possono essere violati per dare esecuzione a trattati bilaterali che l'Italia aveva o avrebbe concluso con la Libia in tema di lotta all'immigrazione clandestina¹¹⁴:

“Italy cannot evade its own responsibility by relying on its obligations arising out of bilateral agreements with Libya. Even if it were to be assumed that those agreements made express provision for the return to Libya of migrants intercepted on the high seas, the Contracting States' responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States”¹¹⁵.

Sul merito, la Corte conclude all'unanimità che l'Italia era responsabile di una violazione dell'art. 3 della Convenzione, in quanto, respingendo i migranti, li aveva esposti al rischio di essere sottoposti a tortura o a trattamenti disumani o degradanti in Libia o nei loro paesi d'origine:

“During the period in question no rule governing the protection of refugees was complied with by Libya. Any person entering the country by illegal means was deemed to be clandestine and no distinction was made between irregular migrants

¹¹³ Par. 180.

¹¹⁴ I trattati in questione, entrambi conclusi il 29 dicembre 2007, sarebbero un Protocollo per far fronte al fenomeno dell'immigrazione clandestina e un Protocollo addizionale di carattere tecnico e operativo. I due trattati non esistono (almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano), perché non pubblicati sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, come il diritto italiano esige. Il primo protocollo è richiamato nell'art. 19, par. 1, del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra Italia e Libia (Bengasi, 30 agosto 2008), regolarmente pubblicato (*Gazz. Uff. Rep. It.*, suppl. al n. 40 del 18 febbraio 2009). Cfr. FIORAVANTI, *Scatole cinesi. Quale controllo democratico sulla cooperazione italo-libica-europea in materia d'immigrazione?*, in BRUNELLI, PUGIOTTO & VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, p. 539; DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, p. 800.

¹¹⁵ Par. 129.

and asylum seekers. Consequently, those persons were systematically arrested and detained in conditions that outside visitors, such as delegations from the UNHCR, Human Rights Watch and Amnesty International, could only describe as inhuman. Many cases of torture, poor hygiene conditions and lack of appropriate medical care were denounced by all the observers. Clandestine migrants were at risk of being returned to their countries of origin at any time and, if they managed to regain their freedom, were subjected to particularly precarious living conditions as a result of their irregular situation. Irregular immigrants, such as the applicants, were destined to occupy a marginal and isolated position in Libyan society, rendering them extremely vulnerable to xenophobic and racist acts”¹¹⁶.

“(…) according to the UNHCR and Human Rights Watch, individuals forcibly repatriated to Eritrea face being tortured and detained in inhuman conditions merely for having left the country irregularly. As regards Somalia, in the recent case of *Sufi and Elmi* (...) the Court noted the serious levels of violence in Mogadishu and the increased risk to persons returned to that country of being forced either to transit through areas affected by the armed conflict or to seek refuge in camps for displaced persons or refugees, where living conditions were appalling”¹¹⁷.

La situazione di violazione dei diritti umani esistente in Libia era ben nota alle autorità italiane e poteva comunque essere da queste facilmente verificata sulla base di fonti multiple¹¹⁸.

Secondo la Corte, indipendentemente dal fatto che l'intenzione di chiedere asilo fosse stata manifestata dai ricorrenti (una circostanza che era in contestazione tra le parti), l'Italia aveva l'obbligo di non respingere i migranti verso la Libia:

“In any event, the Court considers that it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated, as described above, to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return (...) Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed to expressly request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3”¹¹⁹.

La Corte conclude all'unanimità che l'Italia era anche responsabile di una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, che vieta le espulsioni collettive di stranieri. In particolare, la Corte respinge l'argomento formalistico avanzato dall'Italia, secondo il quale un'espulsione può avere luogo soltanto se gli stranieri sono già sul territorio nazionale. Dopo avere notato che l'art. 4 non usa la parola “territorio”¹²⁰, la Corte interpreta la Convenzione e il Protocollo in

¹¹⁶ Par. 125.

¹¹⁷ Par. 150.

¹¹⁸ Parr. 131 e 156.

¹¹⁹ Par. 133.

¹²⁰ “Collective expulsion of aliens is prohibited”.

un modo che “renda le garanzie pratiche ed effettive e non teoriche e illusorie”¹²¹, mostrando la dovuta attenzione per la situazione dei migranti che rischiano la loro vita in mare:

“The Court has already found that, according to the established case-law of the Commission and of the Court, the purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. If, therefore, Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land”¹²².

Infine la Corte conclude che vi era stata una violazione dell’art. 13 (diritto a un rimedio effettivo) della Convenzione, in quanto i ricorrenti erano stati privati di ogni possibilità di presentare un ricorso effettivo a un’autorità competente, prima che la misura del respingimento fosse eseguita¹²³.

Sulla base del precedente *Hirsi Jamaa*, la Corte Europea dei Diritti Umani ha reso il 21 ottobre 2014 la sentenza sul caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, relativo al respingimento verso la Grecia nel 2008 e 2009 di 55 migranti che avevano raggiunto clandestinamente porti italiani. Anche in questo caso la Corte ha, tra l’altro accertato, violazioni da parte dell’Italia degli art. 3 e 13 della Convenzione e dell’art. 4 del Protocollo n. 4.

5.B. *Le modalità di esecuzione dei respingimenti*

Anche il rapporto presentato nel 2009 da una delegazione del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura¹²⁴, istituito in base alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e i trattamenti o le punizioni disumane o degradanti (Strasburgo, 1987) pone in evidenza come la politica del respingimento in mare sia in contrasto con gli obblighi internazionali dell’Italia.

¹²¹ Par. 175.

¹²² Par. 177.

¹²³ Par. 205.

¹²⁴ Qui di seguito: CPT.

Prima di tutto, il CPT segnala come la cooperazione ricevuta durante la sua visita in Italia sia stata insoddisfacente, visto che alcuni documenti e informazioni erano stati tenuti confidenziali, in violazione degli art. 3¹²⁵ e 8, par. 2¹²⁶, della sopra richiamata convenzione¹²⁷.

Sul merito, il CPT rileva che le operazioni di respingimento dell'Italia erano state svolte senza alcuna preoccupazione per l'identificazione dei migranti e per il loro diritto di presentare domanda d'asilo:

“The Italian authorities have acknowledged officially that they do not proceed with the formal identification of migrants who are intercepted at sea and pushed back. The CPT has, however, been informed by the UNHCR that among the migrants pushed back there were persons who were registered with the UNHCR and to whom it had previously issued temporary documents. Other migrants, including persons from Somalia and Eritrea, were later interviewed by the UNHCR and found immediately to be seeking and possibly qualifying for international protection”¹²⁸.

Nel caso specifico, l'Italia insisteva sulla circostanza che i migranti clandestini non avevano manifestato l'intenzione di chiedere asilo. Tuttavia, la credibilità di una simile giustificazione dipendeva dalle modalità con le quali le operazioni d'intercettazione in mare erano svolte. Erano i migranti in condizione di presentare la richiesta? La risposta era negativa:

“Nevertheless, the Italian Government has affirmed that no migrant has ever expressed his/her intention to apply for asylum and that, consequently, there has been no need to identify these persons and establish their nationality. Even if what is affirmed were to correspond to reality, it must be borne in mind that persons surviving a sea voyage are often not in a condition in which they should be expected to declare immediately their wish to apply for asylum”¹²⁹.

“This is particularly the case when the circumstances are such that the persons concerned are not in a position to express such a request. In this regard, a Coast

¹²⁵ “In the application of this Convention, the Committee and the competent national authorities of the Party concerned shall co-operate with each other”.

¹²⁶ “A Party shall provide the Committee with the following facilities to carry out its task: (...) other information available to the Party which is necessary for the Committee to carry out its task. In seeking such information, the Committee shall have regard to applicable rules of national law and professional ethics”.

¹²⁷ “The CPT considers that the shortcomings outlined (...), when taken together clearly indicate that the Italian authorities have not been engaging with the Committee in a co-operative spirit in relation to the issue addressed during the visit”: Council of Europe, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2003*, doc. CPT/Inf (2010) 14, 28 aprile 2010, par. 9.

¹²⁸ *Ibidem*, par. 13.

¹²⁹ *Ibidem*, par. 14.

Guard Admiral responsible for a large Search and Rescue area stated to the delegation that persons surviving a sea voyage were clearly not in a condition in which they should be expected to declare their wish to apply for asylum. In particular, such persons were often dehydrated, physically and mentally exhausted and their sole preoccupation at the time of rescue was to be brought to safety”¹³⁰.

Erano gli agenti italiani preparati a trattare con potenziali richiedenti asilo che parlavano lingue diverse dall’italiano? La risposta era negativa:

“Further, information gathered through interviews held by the delegation would indicate that, even if a migrant were to request protection whilst aboard an Italian vessel, there is no procedure in place capable of referring him/her to a protection mechanism; nor have the competent authorities been instructed on how to identify and screen migrants. It should be noted, in this context, that intercepted migrants do not have access to linguistic or legal assistance on board the intercepting vessels, in order to express their needs.

Indeed, representatives of both the Navy and the Coast Guard with whom the delegation spoke, clearly stated that they are not responsible in any way for the identification of migrants, the provision of information on how to apply for asylum, or the treatment of asylum requests; nor have they been instructed by the Ministry of the Interior in relation to these issues. The information gathered from representatives of the *Guardia di Finanza* also indicated that it did not proceed to individual identification of the migrants, though collective interviews may be carried out”¹³¹.

Poteva una domanda d’asilo essere presentata in una situazione in cui l’unica preoccupazione degli agenti italiani era di forzare i migranti a tornare al più presto in Libia? La risposta era ancora negativa:

“The delegation was unable to interview the migrants pushed back to Libya or, given the authorities’ refusal to provide their names, the captains of the Italian vessels involved in the operation. However, reliable information collected by the delegation would indicate that, during the operation, which lasted around 12 hours, the 74 persons on the *Guardia di Finanza* vessel were provided insufficient water and no food or blankets; further, physical violence, in particular with kicks, punches and blows with an oar, was allegedly used against a number of migrants by Libyan police at the harbour in Tripoli, to force them to disembark from the two Coast Guard vessels”¹³².

A proposito del divieto di tortura, il CPT richiama la norma inderogabile di diritto internazionale che vieta a uno Stato di inviare una persona in un altro Stato dove vi siano fondati motivi per ritenere che essa corra il rischio di essere sottoposta a

¹³⁰ *Ibidem*, par. 32.

¹³¹ *Ibidem*, par. 13.

¹³² *Ibidem*, par. 18.

tortura o altre forme di maltrattamento¹³³. Il CPT era solito raccomandare alle parti alla sopracitata convenzione di valutare singolarmente le varie situazioni, in modo

“that they ensure that migrants have ready access to an asylum procedure (or other residence procedure) which guarantees both confidentiality and an objective and independent analysis of the human rights situation in other countries. That procedure should involve an individual assessment of the risk of ill-treatment in case of expulsion of the person concerned to the country of origin or a third country”¹³⁴.

Secondo il CPT, gli Stati sono obbligati, al fine di adempiere all’obbligo di non respingimento, a selezionare i migranti intercettati per identificare le persone bisognose di protezione, determinare le loro esigenze e prendere misure appropriate¹³⁵. Alla luce delle specifiche circostanze, l’asserita assenza di richieste d’asilo non poteva servire da giustificazione per respingere persone verso uno Stato dove il loro diritto a non essere torturate poteva essere violato¹³⁶

Dato che la Libia non era parte della Conv. Rif. e che essa era priva di leggi e procedure in tema d’asilo, il CPT è dell’opinione che

“there would appear to be a real risk (...) that persons detained in Libya, including migrants, may be subjected to severe ill-treatment and/or be sent to a country where they are at risk of such treatment”¹³⁷.

“The CPT has not itself been in a position to verify, through an on-site visit, conditions of detention and the treatment afforded to persons detained in Libya. However, according to consistent accounts from a variety of sources, overcrowding, absence of beds, poor hygiene, inadequacy of food, lack of health care and sanitation, and rampant skin infections would appear to be commonplace in Libyan detention centres. The UNHCR has recently described the conditions of detention and treatment in such centres as ‘appalling’”¹³⁸.

La conclusione del CPT è che la politica italiana del respingimento in mare non corrisponde agli obblighi “di assicurare che ai migranti sia fornito un adeguato trattamento, che a essi sia data l’opportunità di richiedere asilo e che essi non siano inviati in un paese dove corrano il rischio di maltrattamenti”¹³⁹.

¹³³ *Ibidem*, par. 26.

¹³⁴ *Ibidem*, par. 27.

¹³⁵ *Ibidem*, par. 30.

¹³⁶ “In any event, the absence of an explicit request for asylum does not necessarily absolve the Italian authorities of their *non-refoulement* obligations under Article 3 of the European Convention on Human Rights” (*ibidem*, par. 32).

¹³⁷ *Ibidem*, par. 47.

¹³⁸ *Ibidem*, par. 42.

¹³⁹ *Ibidem*, par. 51.

La risposta data dall'Italia al rapporto del CPT¹⁴⁰ poco contribuisce a migliorare la posizione dello Stato. Oltre a insistere sui segreti di Stato¹⁴¹ (in un caso relativo al divieto di tortura!), l'Italia non trova di meglio che avanzare formalismi su chi debba per primo pronunciare la parola "asilo":

"It is the opinion of Italian Authorities that, according to international and EU standards, there is no obligation during search and rescue operations to provide information on the possibility to apply for asylum. On the contrary, such information has to be ensured once the migrant expresses his/her willingness to apply for asylum. (...)

To confirm such approach, Italian Authorities recall that when a migrant rescued at sea expresses the intention to apply for asylum or other forms of international protection on board of an Italian vessel, s/he is not returned to the country of departure/transit but s/he is brought to Italy. The same rule applies Protocollo di Palermo to all those who, after a medical visit, are in need of medical assistance"¹⁴².

A parte i formalismi, l'Italia non spiega se gli interlocutori, vale a dire i migranti clandestini e gli agenti impegnati nell'operazione di respingimento, che parlavano lingue diverse e si trovavano in una situazione di concitazione e pericolo, erano in grado d'intendersi. Né l'Italia precisa se, prima dell'operazione, le norme applicabili sui rifugiati erano state spiegate agli agenti stessi dai loro superiori.

6. Considerazioni conclusive

Nelle pagine precedenti si è cercato di mettere in luce quanto di peggio vi è stato nella politica italiana riguardo all'immigrazione clandestina via mare¹⁴³. Vi

¹⁴⁰ Council of Europe, *Response of the Italian Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Visit to Italy from 27 to 31 July 2009*, CPT/Inf (2010) 15, 28 April 2010.

¹⁴¹ "Once again, Italian Authorities recall that for security reasons, they are not in a position to provide the names of either the commanders of the Units involved or the physicians. Accordingly, neither logbooks nor relating documents can be provided since they should be considered as classified material" (*ibidem*, par. A).

¹⁴² *Ibidem*, par. D.

¹⁴³ Non si è trattato, perché non rientrante nell'ambito di questo contributo, il tema del trattamento che gli immigrati clandestini ricevono in Italia. Si rinvia al riguardo alla sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani del 1° settembre 2015 sul caso *Khalajfia e altri c. Italia*, che ha accertato che il comportamento tenuto dall'Italia verso i ricorrenti nel Centro di Soccorso e di Prima Accoglienza di Contrada Imbriacola costituiva un trattamento disumano e degradante, vietato dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, mentre non lo era il comportamento tenuto a bordo delle navi *Vincent e Audace*. Rilevanti sono anche la sentenza della stessa Corte del 4 novembre 2014 sul caso *Tarakhel c. Svizzera*, con la quale la Corte ha deciso che la Svizzera avrebbe

sono – ed è doveroso segnalarli – anche altri aspetti, che possono invece essere portati a merito dell'Italia. Nell'ottobre 2013, dopo che 366 migranti erano annegati nei pressi dell'isola di Lampedusa, l'Italia ha messo in atto l'operazione *Mare Nostrum*, che ha visto coinvolte varie unità della Marina e di altre Forze italiane per prestare soccorso ai molti migranti clandestini che rischiavano la vita in mare e per portarli in salvo in Italia. Si è così finalmente attuata una politica opposta a quella delle respingimento in mare. È noto che, nell'ottobre 2014, *Mare Nostrum* è stata sostituita dall'operazione *Triton*, condotta nell'ambito dell'Unione europea¹⁴⁴, che però non sembra, per le sue modalità di attuazione, altrettanto efficace sotto il profilo umanitario dell'operazione che era stata promossa dall'Italia.

Tuttavia, l'attuazione di una politica più equilibrata per affrontare il fenomeno dei migranti clandestini in mare, non deve far dimenticare che l'idea, umanamente delirante e giuridicamente illecita, del blocco, del dirottamento e del respingimento in mare¹⁴⁵ ha avuto le sue tragiche manifestazioni anche in Italia e di tanto in tanto ritorna a essere proposta.

Alla luce del diritto internazionale, i migranti clandestini hanno il diritto di essere trattati umanamente e non come criminali. Se si trovano in pericolo in mare, i migranti clandestini hanno il diritto di essere soccorsi e trasportati in un luogo sicuro. Se sono anche rifugiati, i migranti clandestini hanno il diritto di non essere respinti verso un luogo dove possano subire persecuzioni e di essere messi in condizione di presentare una domanda d'asilo. Come tutti gli esseri umani, anche i migranti clandestini hanno diritto di non essere respinti verso uno Stato dove corrono il rischio di essere torturati. Il quadro giuridico internazionale è tuttavia tutt'altro che adeguato e richiederebbe di essere meglio definito, soprattutto per quanto riguarda il luogo dove migranti e richiedenti asilo devono essere sbarcati e la tutela del diritto di presentare domanda d'asilo¹⁴⁶.

Un simile quadro non è sostanzialmente cambiato a seguito della risoluzione

be violato l'art. 3, se avesse respinto i ricorrenti verso l'Italia, senza avere prima ottenuto dall'Italia la garanzia che i bambini sarebbero stati trattati in modo adeguato alla loro età e che la famiglia sarebbe rimasta unita, e le constatazioni del Comitato dei Diritti Umani del 22 luglio 2015 sulla comunicazione n. 2360/2014, con le quali il Comitato ha concluso che il respingimento della ricorrente e dei suoi tre figli da parte della Danimarca verso l'Italia avrebbe violato l'art. 7 del Patto sui Diritti Civili e Politici (divieto di trattamento disumano o degradante).

¹⁴⁴ Cfr. European Commission, *A European Agenda on Migration*, doc. COM(2015) 240 final del 13 maggio 2015.

¹⁴⁵ Si veda, per una corretta determinazione di quanto è lecito fare e quanto invece è illecito, l'intervista all'amm. Caffio pubblicata su *Il Corriere della Sera* del 23 aprile 2015 con il titolo "Un termine che significa una cosa sola: la guerra" (il titolo si riferisce al blocco navale contro i migranti clandestini).

¹⁴⁶ Si veda, per alcune utili proposte, la Carta di Napoli, adottata il 20 giugno 2015 da Marsafenet, la rete di esperti giuridici della sicurezza in mare, e da JCME Migranti, il Centro di eccellenza Jean Monnet sui diritti dei migranti nel Mediterraneo.

del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 2240 (2015) del 9 ottobre 2015¹⁴⁷, che ha autorizzato, ma “al fine di salvare le vite minacciate dei migranti” provenienti dalla Libia, misure temporanee che derogano alle norme del diritto internazionale del mare:

“The Security Council, (...)

7. *Decides*, with a view to saving the threatened lives of migrants or of victims of human trafficking on board such vessels as mentioned above, to authorise, in these exceptional and specific circumstances, for a period of one year from the date of the adoption of this resolution, Member States, acting nationally or through regional organisations that are engaged in the fight against migrant smuggling and human trafficking, to inspect on the high seas off the coast of Libya vessels that they have reasonable grounds to suspect are being used for migrant smuggling or human trafficking from Libya, provided that such Member States and regional organisations make good faith efforts to obtain the consent of the vessel’s flag State prior to using the authority outlined in this paragraph;

8. *Decides* to authorise for a period of one year from the date of the adoption of this resolution, Member States acting nationally or through regional organisations to seize vessels inspected under the authority of paragraph 7 that are confirmed as being used for migrant smuggling or human trafficking from Libya, and *underscores* that further action with regard to such vessels inspected under the authority of paragraph 7, including disposal, will be taken in accordance with applicable international law with due consideration of the interests of any third parties who have acted in good faith; (...).”

È messo bene in evidenza nella stessa risoluzione che il potere di ispezionare e sequestrare in alto mare le navi coinvolte nel traffico di migranti va esercitato senza pregiudicare i diritti umani dei migranti e il loro diritto di chiedere asilo:

¹⁴⁷ La risoluzione è stata adottata con quattordici voti favorevoli e uno contrario (Venezuela). Questo stato respinge il ricorso al cap. VII della Carta delle Nazioni Unite (azione in caso di minaccia alla pace, di rottura della pace e di atto di aggressione) per fronteggiare l'emigrazione clandestina dalla Libia: “(...) we believe that the current humanitarian crisis of refugees, who are desperately trying to cross the Mediterranean cannot be tackled with a military approach with the pretext of combating international organized crime. This serious problem cannot be solved by building walls or by taking military action. (...) Venezuela therefore rejects the notion of making migrants, refugees and asylum seekers into a security issue, as has been done on this occasion. The complexity and multidimensional nature of this problem requires a comprehensive approach that goes beyond the purely military and security approach that some States Members of this body seek to promote. (...) We believe it is not through the use of force or criminalizing the phenomenon that this human tragedy will be resolved. It seems that, beyond the argument in favour of fighting criminal gangs, the purpose of the resolution is simply to prevent these human beings from reaching a safer destination; in other words, to set up a policy of raising barriers, where, in the end, we will have a world where the rich countries are surrounded by walls that prevent them from seeing and feeling the terrible reality of poor people battered by wars, most of which have been supported and promoted by the power centres in these rich countries” (intervento di Ramirez Carreño alla seduta del 3 ottobre 2015, in U.N. doc. S/PV.7351, p. 4).

“The Security Council, (...)

12. *Underscores* that this resolution is intended to disrupt the organised criminal enterprises engaged in migrant smuggling and human trafficking and prevent loss of life and is not intended to undermine the human rights of individuals or prevent them from seeking protection under international human rights law and international refugee law;

13. *Emphasises* that all migrants, including asylum-seekers, should be treated with humanity and dignity and that their rights should be fully respected, and urges all States in this regard to comply with their obligations under international law, including international human rights law and international refugee law, as applicable; (...).”

Resta il fatto che le questioni giuridiche 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. Come posto in evidenza dall’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati,

“la verità è che non possiamo scoraggiare delle persone che sono in fuga per salvarsi la vita. Arriveranno. Possiamo però scegliere se gestire bene il loro arrivo, e con quanta umanità. (...)”

Se le nazioni occidentali continueranno a rispondere chiudendo le porte, continueremo a condurre migliaia di persone disperate nelle mani di reti criminali, rendendoci tutti meno sicuri”¹⁴⁸.

¹⁴⁸ GUTERRES, *Aprire le porte ai rifugiati con lo spirito del dopoguerra*, *Il Corriere della Sera*, 25 aprile 2015.

ALCUNE NOTAZIONI IN MATERIA DI REATI CONNESSI ALL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA VIA MARE

Marco Cottone^{*}

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e il caso “Cap Anamur”: la decisione del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009. – 3. Il reato di danneggiamento di attrezzature di navigazione in alto mare. – 4. Il sequestro probatorio di nave in pendenza di procedimento per immigrazione clandestina.

1. *Premessa*

Le problematiche connesse all'immigrazione via mare rappresentano un tema di grande attualità, anche in considerazione della peculiare e attuale situazione geopolitica del Mediterraneo e, in particolare, dell'Italia che – essendo attualmente interessata da un cospicuo flusso migratorio – è ora chiamata a misurarsi con una serie di problemi pratici, connessi alla sua duplice posizione di Paese di approdo e, al contempo, di transito di gran parte dei soggetti coinvolti in tali traffici. Com'è noto, negli ultimi anni, l'incremento degli ingressi di migranti irregolari via mare ha assunto proporzioni allarmanti, non solo per ciò che riguarda il traffico di persone in sé considerato – sotto il profilo umanitario, della tutela dei diritti umani¹, sul piano politico-sociale e criminale e in relazione all'elusione delle regole in materia di immigrazione – ma anche per gli altri aspetti ad esso connessi, quali, ad esempio, il problema dello sfruttamento a vario titolo dei soggetti coinvolti², i pro-

^{*} Professore a contratto di diritto della navigazione, Università di Milano-Bicocca. Avvocato del Foro di Milano.

¹ Sul punto si rinvia per una disamina generale a SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 212 ss.

² Sul punto è stato osservato che il fenomeno del traffico di persone (c.d. “*people smuggling*”), nel quale potrebbe essere incluso anche il transito illecito dei migranti via mare, deve essere tenuto distinto dai concetti di “*slavery*” e di “*trafficking*”, che vengono invece riferiti alla tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento schiavistico del lavoro o della prostituzione. Benché sia innegabile l'esistenza di zone grigie tra le tre fattispecie considerate, è infatti evidente che i migranti

fili di sicurezza connessi al fenomeno terroristico (meglio indicati con il termine *security*), nonché il conseguente dibattito sul rafforzamento dell'area Schengen e sulle questioni migratorie in generale³.

D'altra parte, dietro alla questione rappresentata dal transito dei migranti clandestini via mare e delle relative conseguenze, rilevanti a livello di diritto penale, si impone, come contraltare, la necessità di tenere in debita considerazione anche i profili legati all'esigenza di coordinamento tra le attività repressive e di respingimento e la garanzia della salvaguardia della vita umana, il cui corollario è rappresentato dal soccorso in mare (*recte*, in acqua) – uno degli istituti fondamentali e caratterizzanti il diritto della navigazione – e plasticamente incardinato sul principio – cui è informata la normativa internazionale e nazionale – dell'obbligatorietà delle prestazioni di assistenza e salvataggio⁴.

clandestini, almeno inizialmente, si trovano coinvolti nelle traversate via mare in base ad una propria decisione e che la loro condizione di soggezione nei confronti dei c.d. "scafisti", ancorché miserevole, non è comunque assimilabile alla condizione derivante dall'esercizio di diritti di proprietà (o di prerogative ad essa assimilabili) esercitati da un altro soggetto. Analogamente, esistono differenze tra la posizione del semplice passeggero clandestino a bordo di navi che esercitano libertà di traffico, senza che sia possibile ravvisare la complicità degli operatori dei trasporti o, quanto meno, dell'armatore (è il caso, ad esempio, del soggetto occultato all'interno di container o trasportato clandestinamente a bordo di veicoli imbarcati su navi traghetto, magari con la sola complicità di autotrasportatori compiacenti) e la posizione del migrante che consapevolmente sceglie di rivolgersi alle associazioni criminali che praticano il traffico clandestino di persone (cfr. *infra*, nota 4) attraverso l'offerta di "pacchetti", spesso pagati a caro prezzo dagli stessi migranti. In quest'ultima ipotesi, il clandestino è infatti ben conosciuto dal proprio vettore, che ne è al contempo anche sfruttatore: sull'argomento, v. *amplius* COMENALE PINTO, *Immigrazione clandestina e salvaguardia della vita umana in mare*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2011, p. 588 e p. 596; FIADINO, *Il divieto di tratta di esseri umani via mare*, in REALE (a cura di), *Il contrasto alle attività illecite in mare*, Napoli, 2011, p. 110; MAGNOSI, *La Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca ed il salvataggio in mare (Search and Rescue – SAR) e gli accordi ad essa collegati stipulati dall'Italia*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, III, Napoli, 2008, p. 1693; TURCO BULGHERINI, *Il traffico via mare di clandestini*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, III, Napoli, 2008, p. 1837 ss.; D'ALESSIO, *I percorsi della sicurezza in mare: dalla salvaguardia della vita umana alla difesa dai rischi del terrorismo internazionale*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, III, Napoli, 2008, p. 1605 ss.; CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi d'immigrazione clandestina*, in *Giureta*, vol. V, 2007. In relazione alla questione, più ampia, della sicurezza marittima – ed, in particolare, dell'evoluzione del concetto giuridico di sicurezza – cfr. PELLEGRINO, *I nuovi orizzonti della sicurezza marittima*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, I, 2010, p. 781 ss.

³ A livello comunitario sono state attuate diverse iniziative per contrastare non solo il traffico illecito dei migranti, ma anche per regolamentare il fenomeno migratorio nel suo complesso. Sull'argomento, cfr. SALAMONE, *La disciplina giuridica transnazionale dell'immigrazione clandestina via mare*, in *Diritto Marittimo*, 2007, p. 70 ss.

⁴ Sull'argomento è stato autorevolmente osservato che l'espressione, sintetica, "soccorso in mare", si riferisce alla recente composizione dei separati istituti dell'assistenza, del salvataggio, del recupero e del ritrovamento di relitti, rappresentati dalla tradizionale quadripartizione contenuta nel Titolo IV, Libro III, del Codice della Navigazione (artt. 489-513): così, CAMARDA, *Il soccorso in mare – Profili contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 2006, p. 1 ss. L'A., in particolare, sottolinea come la riconduzione ad un'unica categoria giuridico-concettuale degli istituti codicistici –

È peraltro divenuto evidente come – accanto alla fattispecie, non infrequente, della eventuale responsabilità penale del comandante di nave che abbia prestato soccorso ad una imbarcazione di migranti extracomunitari, successivamente sbarcati sul territorio nazionale – la problematica in questione emerga in tutta la sua complessità, in ragione del difficile coordinamento tra la normativa marittima e quella sulla immigrazione. Come testimoniato anche dalle recentissime vicende, relative al soccorso prestato alla nave traghetto *Norman Atlantic* (a bordo della quale, è stata successivamente accertata la presenza di migranti clandestini accanto ai numerosi passeggeri regolarmente imbarcati) e al fenomeno delle c.d. “navi fantasma”⁵, cariche di espatriati extracomunitari e sospinte in direzione delle coste italiane, è evidente che la priorità della tutela della vita umana in mare, effettuata *in primis* attraverso le operazioni di soccorso, non può essere agevolmente scissa dagli obblighi imposti dalle altre normative, permanendo, in ogni caso, il dovere di assicurare non solo la conduzione dei naufraghi soccorsi – ancorché clandestini – in un “luogo sicuro” (come recita la convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 sul soccorso in mare – c.d. SAR)⁶, ma anche la tu-

effettuata a seguito del processo di internazionalizzazione e, in particolare, sulla base della Convenzione di Londra 1989 (c.d. “*Salvage*”) – abbia prodotto in primo luogo la scomparsa, anche formale, della distinzione fra assistenza e salvataggio, fondata sulla capacità (anche parziale) della nave di manovrare e, quindi di cooperare effettivamente durante le operazioni di soccorso: così CAMARDA, *op. cit.*, p. 5.

⁵ Ci si riferisce, sempre attingendo ai più recenti episodi di cronaca, alle vicende della nave moldava *Blue Sky M* e del cargo *Ezadeen*, battente bandiera della Sierra Leone. In entrambi i casi il fenomeno è stato riferito all’acquisto, da parte delle predette organizzazioni criminali, di vecchi mercantili, al termine della loro vita operativa, riconvertiti al trasporto di centinaia di migranti. Anche nei casi *Blue Sky M* e *Ezadeen*, le unità – dopo l’emissione del segnale SOS – sono state lasciate alla deriva in direzione delle coste italiane, con i motori operanti a regime ed il pilota automatico inserito, costringendo così le unità SAR ad intervenire con proprio personale al fine di evitare un probabile naufragio.

⁶ La Convenzione di Amburgo del 27 aprile 1979 sul soccorso in mare “*Search and Rescue*” (c.d. Convenzione SAR) è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n.147/1989 ed è entrata in vigore il 2 luglio 1989. La Convenzione è stata poi attuata nel nostro ordinamento con il d.P.R. n. 662/1994 (“Regolamento di attuazione della legge 3 aprile 1989, n. 147, concernente l’adesione alla convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979”, in *G.U.* n. 281 del 1 dicembre 1994), attraverso il quale è stato individuato nel Comando Generale del Corpo delle capitanerie di porto l’organismo nazionale che assicura il coordinamento dei servizi e le strutture operative per lo svolgimento delle attività di soccorso. La Convenzione è successivamente stata emendata nel 1988 e nel 2004. Il par. 1.3 della Convenzione, come emendata dalla Risoluzione Msc 70(69), adottata il 18 maggio 1988 e divenuta esecutiva il 1 gennaio 2001, per “salvataggio” (“*rescue*”) intende ogni “operazione destinata a ripescare le persone in pericolo ed a prodigare loro le prime cure mediche o altre di cui potrebbero aver bisogno ed a trasportarle in un luogo sicuro”. Più precisamente, nel testo emendato della Convenzione (par. 2.1.10), si legge anche che “Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found” e che (par. 3.1.9) “Parties shall co-ordinate and cooperate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further en-

tela dei loro diritti in quanto migranti, compreso il diritto di ottenere asilo, ovviamente sussistendo le condizioni richieste a tale scopo.

In via preliminare, pertanto, nel commentare alcune fattispecie penalmente rilevanti – oggetto di alcune pronunce esaminate in questa sede – e data l'eterogeneità delle tematiche in materia di diritto internazionale del mare⁷, ci si soffermerà soprattutto sugli aspetti, connessi alla questione dell'immigrazione clandestina via mare, ritenuti più significativi nella prospettiva del diritto della navigazione. Ci si riferisce, in particolare, ai succitati profili di soccorso in mare – inteso sia nella dimensione pubblicistica che privatistica – e con particolare riguardo per i profili di responsabilità e per le ripartizioni di competenza tra i vari soggetti coinvolti nelle operazioni.

2. *Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e il caso "Cap Anamur": la decisione del Tribunale di Agrigento del 7 ottobre 2009*

La fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, regolata dal decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (e come modificata dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, c.d. Legge Bossi-Fini)⁸, prevede l'integrazione del reato in questione ogniqualvolta si sia in presenza di chiunque compia "atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente"⁹. Costituiscono aggravanti del reato in

danger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable".

⁷ Sul punto è stato osservato che, oltre ai problemi applicativi del diritto di asilo, particolare rilevanza assumono le questioni concernenti la giurisdizione dello Stato costiero e dello Stato di bandiera, nonché quelle relative all'impiego dei poteri di polizia in alto mare e agli ambiti applicativi dell'istituto del soccorso in mare. Così, ancora COMENALE PINTO, *op. cit.* (supra, nota 2), p. 589; TREVISANUT, *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, in FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 241.

⁸ Rispettivamente, in *G.U.* n. 191 del 18 agosto 1998 – Suppl. Ord. n. 139 e in *G.U.* n. 199 del 26 agosto 2002. In materia di immigrazione, cfr. anche la legge del 6 marzo 1998, n. 40 ("Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), in *G.U.* n. 59 del 12 marzo 1998 – Suppl. Ord. n.40. Per un approfondimento della fattispecie (ed in particolare, con riferimento alla pronuncia del 16 luglio 2004, emessa in relazione al caso "Cap Anamur" dall'ufficio indagini preliminari del Tribunale di Agrigento), v. MANGIARACINA, *Brevi note in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Giurisprudenza di Merito*, 5, 2005, p. 1163.

⁹ Cfr. art. 12, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e art. 11, legge 30 luglio 2002, n. 189. Rispettivamente, in *G.U.* 191 del 18 agosto 1998 – Suppl. Ordinario n. 139 e in *G.U.* n. 199 del 26 ago-

questione¹⁰ il fatto “di trarne profitto, anche indiretto”, nonché “il fatto [...] commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti”. È previsto, infine, un aumento di pena per i casi in cui il procurato ingresso (o permanenza) illegale nel territorio dello Stato riguardi cinque o più persone¹¹. Particolare rilevanza assume, ai fini della vicenda che ci si appresta a descrivere, il secondo comma della norma incriminatrice in oggetto, in cui, si prevede che, “fermo restando quanto previsto dall’art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”.

La configurazione più tipica del reato di immigrazione clandestina è piuttosto frequente e – come testimoniato dalle richieste di procedimento penale nello Stato, *ex art.* 10 cod. pen., trasmesse alle Procure competenti – si riferisce alla conduzione illegale, effettuata a scopo di lucro, da parte di “scafisti”, di barconi (anche di rilevanti dimensioni) carichi di migranti clandestini, fino al margine delle acque territoriali italiane. Spesso, gli stessi scafisti, dopo aver abbandonato l’imbarcazione precedentemente condotta per darsi alla fuga, vengono intercettati dalle unità navali dell’autorità marittima o delle forze di polizia e condotti a terra (dove, frequentemente, vengono riconosciuti quali componenti dell’equipaggio, da parte dei migranti)¹². In tali occasioni è stato sottolineato che, gene-

sto 2002. Il citato decreto legislativo n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002 e recante il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” rappresenta l’ultimo intervento in materia – in precedenza, si ricordano, in particolare, la legge n. 39/1990 e la legge n. 40/1998. Con quest’ultima normativa il legislatore si è proposto di fissare un principio generale con il quale pone al centro della disciplina in materia di immigrazione il riconoscimento dello straniero quale soggetto cui garantire i diritti fondamentali previsti dalle pertinenti norme di diritto interno ed internazionale. Così, SALAMONE, *op. cit.* (*supra*, nota 3), p. 94.

¹⁰ Cfr. art 11, commi 3e e 3-*bis*, legge n. 189/2002.

¹¹ Cfr. Art. 11, legge n. 189/2002, ove si dispone che è previsto un aumento di pena anche per i casi in cui la persona introdotta illegalmente nello Stato sia stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità, sia stata sottoposta a trattamento inumano o degradante e se i fatti previsti dalla norma sono stati compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l’ingresso di minori da impiegare in attività illecite.

¹² Cfr., a titolo esemplificativo, la richiesta di procedimento del 13 agosto 2011, trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Crotone e riferita a due cittadini turchi, individuati quali conducenti di un’imbarcazione – intercettata in data 8 agosto 2011 dalla Guardia di Finanza, in acque internazionali – sulla quale erano trasportati clandestinamente, a scopo di lucro, 158 cittadini extracomunitari allo scopo di favorirne l’immigrazione clandestina. Cfr., anche, la relazione della Guardia di Finanza – Nucleo di manovra di Otranto – sull’operazione aeronavale anti immigrazione con il fermo dell’imbarcazione “*Tusa*”. In tale relazione viene sottolineato che i due “scafisti” turchi si erano allontanati dall’imbarcazione intercettata (e dopo aver manomesso il motore, distrutto i giubbotti di salvataggio, danneggiato bussola e navigatore GPS e tagliato il cavo della radio di bordo) a bordo di un battello pneumatico.

ralmente, le attività criminose finalizzate al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sono realizzate mediante il coinvolgimento di una c.d. nave madre, proveniente dall'alto mare e alla quale vengono affiancate in seguito piccole imbarcazioni mediante le quali viene realizzato il vero proprio sbarco finale sulle coste italiane (o nella zona contigua)¹³.

La vicenda – nota alle cronache come caso *Cap Anamur* – si riferisce invece al soccorso¹⁴, prestato, in acque internazionali, il 20 giugno 2004, da parte della m/n *Cap Anamur*, battente bandiera tedesca¹⁵ ed appartenente all'omonima organizzazione umanitaria tedesca, nei confronti di trentasette migranti provenienti dall'Africa sub-sahariana¹⁶ mentre si trovavano a bordo di un gommone in

¹³ Cfr., al riguardo, alcune proposte operative avanzate dalla Direzione Nazionale Antimafia (DNA) nella relazione “*Associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento – 2013*”, nelle quali è stata ritenuta essenziale la verifica della sussistenza della giurisdizione italiana in relazione alle condotte illecite dispiegate dalla c.d. nave madre in acque internazionali, operante in sinergia con i navigli minori, in vista del risultato finale (e cioè del favoreggiamento dell'immigrazione di clandestini) attraverso una ricognizione puntuale degli artt. 6, 7 e 10 cod. pen. e delle pertinenti norme in materia di repressione dell'immigrazione clandestina, nonché della normativa internazionale. Inoltre, l'art. 11, comma 9-*bis* della legge n. 189/2002, recante alcune modifiche alla normativa in materia di immigrazione ed asilo, in *G.U.* n. 199 del 26 agosto 2002, dispone 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 nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono ritenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato”. A tale scopo, è specificato nel comma successivo, possono essere utilizzate (e “ferme restando le competenze istituzionali in materia di difesa nazionale”) le navi della Marina Militare.

¹⁴ In particolare, come emerge dagli atti e suffragato dall'analisi del Voyage Data Recorder (VDR) e dal diario di bordo, il soccorso era stato prestato in un tratto di mare, situato in acque internazionali, che distava 46 miglia dalle coste libiche, 90 dall'Isola di Lampedusa e 160 dall'Isola di Malta.

¹⁵ Dagli atti giudiziari emerge che la nave, qualificata come “*cargo ship*” ed, al contempo, come nave umanitaria (“*rescue and support vessel*”), era stata registrata presso il registro navale di Lubecca sotto la categoria “grandi navi”. Dopo essere stata adattata per lo svolgimento della funzione umanitaria, mediante l'installazione a bordo di strutture ospedaliere e di servizi sanitari, il 15 febbraio 2004 era salpata dal porto di Lubecca, fino a raggiungere – dopo svariate soste – l'Isola di Malta, dove si era trattenuta fino al 4 giugno dello stesso anno. Sulla base dell'analisi del VDR e del *Log Book* è stato possibile ricostruire la rotta seguita della nave che, effettivamente, nel periodo compreso tra il 4 ed il 19 giugno aveva alternato periodi di permanenza nel porto di La Valletta, a Malta, a periodi di navigazione nel Mar Mediterraneo. Durante la navigazione – all'interno di aree di mare circoscritte – inoltre, la nave era rimasta per lunghi periodi in posizione di *stand by* (“tecnicamente, alla deriva”, come viene testualmente riportato nella sentenza resa dal Tribunale di Agrigento). Secondo il collegio giudicante, tale ricostruzione è stata ritenuta rilevante, sotto il profilo processuale, soprattutto con riguardo alla valutazione della sussistenza o meno della scriminante prevista dall'art. 51 cod. pen. e dell'attendibilità delle dichiarazioni rese dagli imputati ed in particolare, del comandante S., la cui ricostruzione viene giudicata “precisa e dettagliata”.

¹⁶ Come è emerso durante il procedimento, il comandante della nave, S., aveva appurato che le persone tratte in salvo erano sprovviste di documenti di identità. La quasi totalità di esse (trenta-

avaria diretto verso le coste italiane. Dopo aver avvistato il gommone – “in difficoltà”¹⁷ – in acque internazionali, il comandante aveva ordinato l'accosto e il trasbordo a bordo della nave dei migranti che si trovavano sull'imbarcazione. Successivamente, la *Cap Anamur* aveva proceduto ad informare dell'avvenuto salvataggio il presidente del comitato *Cap Anamur*, B., col quale S., il comandante della nave, si era inoltre consultato al fine di individuare la località più adatta allo sbarco dei naufraghi (“il porto più sicuro”, dove vi fossero la garanzia del rispetto dei diritti dell'uomo, l'assistenza medica e le condizioni legali per il trattamento dei migranti)¹⁸.

In seguito all'avvio dell'*iter* burocratico necessario all'ottenimento dell'autorizzazione all'ormeggio¹⁹ e allo sbarco dei migranti, alla nave, che intanto si era avvicinata alle coste italiane, era invece stato comunicato il diniego all'attracco²⁰.

cinque persone su trentasette) aveva inoltre dichiarato – sugli appostiti questionari compilati a bordo – di provenire dal Sudan, dove in quel periodo era in atto un genocidio. I restanti naufraghi avevano dichiarato di provenire, rispettivamente, dalla Sierra Leone e dalla Nigeria.

¹⁷ Negli atti, come chiarisce il collegio giudicante nel fornire i motivi della decisione, viene evidenziato che il natante, cioè il gommone sui cui si trovavano i migranti soccorsi, “si trovava in una situazione di obiettiva difficoltà e che, pertanto, le numerose persone a bordo correvano un grave ed evidente pericolo” (nel testo, si legge anche che, “come riferito dal comandante S. – e non vi sono elementi contrari in tal senso – il natante era in balia delle onde e imbarcava acqua. La linea di galleggiamento era molto bassa in quanto il gommone aveva perso aria e continuava a perderla; veniva inoltre notata altresì la fuoriuscita di fumo dal motore. In ragione di tale situazione, il capitano S. riteneva che l'imbarcazione non sarebbe stata in grado di proseguire la navigazione anche a causa delle avverse condizioni meteo”). Il riscontro delle dichiarazioni rese dal comandante S. circa l'avvenuto salvataggio (trattasi peraltro di circostanza mai negata nemmeno dalla pubblica accusa), nel corso del dibattimento, era stato suffragato da ulteriori esiti dibattimentali, quali ad esempio i verbali del personale di polizia che aveva ispezionato la nave in porto e le dichiarazioni rese dai migranti stessi alla polizia.

¹⁸ In tale fase, furono vagliate diverse soluzioni. Alcune località, come Lampedusa e Porto Pozzallo, furono scartate per motivi tecnici legati alla carenza di strutture adeguate all'ormeggio di una nave delle dimensioni della *Cap Anamur*. Alla fine, Porto Empedocle fu ritenuto il luogo più sicuro ed attrezzato sotto il profilo logistico.

¹⁹ In particolare, fu l'Agenzia Marittima Tricoli & Nuara a ricevere l'incarico di presentare la c.d. domanda di accosto alla locale Capitaneria di Porto (il raccomandatario marittimo fu contattato dalla Commissione Rifugiati delle Nazioni Unite di Roma, a sua volta contattata dal comitato *Cap Anamur*). Il 30 giugno 2004, tramite le agenzie marittime incaricate e anche attraverso comunicazioni dirette con la motonave, la Capitaneria di Porto Empedocle era stata messa al corrente della richiesta di sbarcare. Dopo aver a sua volta informato le competenti autorità di pubblica sicurezza (il Comando Generale delle Capitanerie di Porto di Roma, aveva – come da prassi – provveduto a segnalare la situazione al Ministero dell'Interno e al Comando Generale della Marina Militare), la stessa Capitaneria, in data 1 luglio 2004, ricevette e diramò l'ordine di fermare la nave prima che questa facesse ingresso nelle acque territoriali italiane.

²⁰ Il raccomandatario marittimo, tramite un sub-agente locale, venuto a conoscenza del fatto che le autorità marittime italiane non avrebbero concesso l'autorizzazione all'ormeggio, aveva sollecitato il comandante della nave a fornire maggiori informazioni sull'avvenuto soccorso. Nonostante altri contatti e scambi di informazioni, non era tuttavia pervenuta alcuna notizia favorevole.

La *Cap Anamur* rimase quindi in sosta (“*up and down*”) per ventuno giorni a circa diciassette miglia da Porto Empedocle, al limite delle acque territoriali italiane, in attesa di ricevere la predetta autorizzazione. Mentre si susseguivano i contatti a livello politico-diplomatico tra le competenti autorità italiane, tedesche e maltesi²¹, la nave, sottoposta ad attento monitoraggio da parte delle motovedette italiane, ricevette a bordo diverse visite (tra cui il personale di alcune associazioni umanitarie, interpreti, legali, oltre che giornalisti, politici e prelati) e divenne oggetto di interesse mediatico da parte dell’opinione pubblica, sia nazionale, che internazionale.

In attesa di addivenire ad un epilogo ragionevole della vicenda, la situazione a bordo era divenuta problematica²². La rappresentazione della crescente difficoltà, da parte dell’equipaggio della *Cap Anamur*, nel controllare i profughi, oltre che di una situazione di emergenza sanitaria e di carenza di acqua e viveri, indusse infine le autorità italiane a concedere alla nave l’autorizzazione ad attraccare nel porto di Empedocle, dove il comandante, S., il primo ufficiale, D. ed il responsabile dell’organizzazione umanitaria, B., vennero sottoposti a procedimento penale nel corso del quale venne loro contestato il reato di favoreggiamento aggravato dell’immigrazione clandestina²³.

Tra i motivi – esaminati nel corso del procedimento penale – richiamati, quali ragioni fondanti del divieto opposto dall’autorità marittima, emergono in particolare alcune incongruenze che avevano indotto il personale incaricato di esaminare la richiesta di approdo a dubitare della veridicità delle circostanze riferite dal comandante della nave tedesca per giustificare l’ingresso in porto (si tratta, nello specifico, di circostanze relative alla data effettiva del soccorso e al diniego, da parte delle autorità maltesi, circa la sussistenza di notizie sulla presenza a bordo dei migranti o la ricezione di richieste di aiuto). Dagli atti, risulta infatti che le autorità marittime italiane erano stata indotte a sospettare che il comandante S. avesse prospettato un dato non veritiero sulla data del salvataggio al fine di ottenere in modo fraudolento l’autorizzazione allo sbarco (il lasso temporale – di dieci giorni – intercorrente tra la data effettiva del salvataggio e la data in cui era stata comunicata la notizia del soccorso aveva indotto taluni a ritenere che ciò comportasse, come conseguenza giuridica, la perdita dello *status* di naufrago in capo ai trentasette migranti). Gli stessi movimenti della nave – in base alle segnalazioni giunte tramite il MRCC (*Maritime Rescue Coordination Center*) erano parsi poco chiari, lasciando aperta la possibilità che la nave navigasse senza destinazione.

²¹ Rimaneva infatti aperta la questione relativa all’individuazione dello Stato competente a ricevere le domande di asilo dei migranti (l’Italia, quale Stato costiero, la Germania, quale Stato di bandiera della nave e Malta, quale stato in cui la nave – con i profughi a bordo – aveva fatto scalo). Come ricordato anche dal collegio giudicante, ciascuna autorità governativa (italiana e tedesca) riteneva competente l’altra, mentre quella maltese negava *in toto* la propria competenza.

²² Come risulta dagli atti, si temevano insubordinazioni, anche considerando che l’equipaggio della nave era numericamente inferiore ai migranti – lo stesso comandante S., nel comunicare la situazione alle autorità italiane, aveva riferito che la nave disponeva soltanto di diciotto tonnellate di acqua potabile e che alcuni naufraghi avevano iniziato a presentare gravi problemi psicologici. In particolare, era stato riferito dai testi che i migranti avevano iniziato a mostrare atteggiamenti di frustrazione, nervosismo e tensione: alcuni sbattevano la testa contro le lamiere, altri minacciavano di buttarsi in mare nel tentativo di raggiungere la costa.

²³ Agli imputati, in concorso venne contestato il reato di cui agli artt. 110 cod. pen. e 12, comma 1, 2 e 3-*bis*, decreto legislativo n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002. In parti-

La nave fu inoltre sottoposta a sequestro, mentre i migranti – dopo essere stati sbarcati – furono trasferiti in un centro di permanenza temporanea e, successivamente, rimpatriati²⁴.

Il procedimento penale si concluse con la sentenza resa il 7 ottobre 2009 dal Tribunale di Agrigento²⁵ con la quale è stata pronunciata una sentenza di assoluzione nei confronti dei tre imputati “perché il fatto non costituisce reato ai sensi dell’art. 530, comma 3 c.p.p.” e “per non aver commesso il fatto ai sensi dell’art. 530 c.p.p.”²⁶.

Come *supra* accennato, il caso in questione ripropone il problema – già emerso in episodi analoghi – del soccorso e del trattamento da riservare a tutti quei soggetti che versino contemporaneamente in una condizione di clandestinità (o ad essa assimilabile) e di pericolo di perdersi in mare²⁷. Il *punctum dolens*

colare, fu sottolineato che i tre imputati avevano agito al fine di procurarsi un profitto, sia diretto che indiretto (anche consistente nella pubblicità e risonanza internazionale, dalla quale sarebbe scaturito l’ulteriore profitto derivante dalla vendita a terzi delle immagini e delle informazioni del caso) e che, prospettando falsamente alle autorità italiane competenti una situazione di emergenza (anche sanitaria) a bordo, avevano compiuto atti volti a favorire l’ingresso clandestino dei migranti nel territorio nazionale. Venne anche contestata l’aggravante di aver agito in più di tre persone riunite e di aver introdotto clandestinamente più di cinque cittadini extracomunitari nel territorio nazionale.

²⁴ I naufraghi vennero prima avviati verso un centro di prima accoglienza e successivamente espulsi con procedimento coatto (soltanto uno riuscì ad evitare il procedimento di espulsione), nonostante un provvedimento di sospensiva pronunciato dal Tribunale di Roma del 30 luglio 2004 ed una sentenza della Corte costituzionale in cui, tra l’altro, si stabiliva l’incostituzionalità dell’art. 13, comma 5-bis, decreto legislativo n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 106/2002, “nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida del decreto di espulsione dello straniero debba svolgersi in contraddittorio prima dell’esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa”. Sul punto, cfr. C. cost., 15 luglio 2004, n. 222, in *Foro italiano*, 2004, I, p. 2618, con nota adesiva di PASSAGLIA; v. anche Trib. Caltanissetta, 04 novembre 2005.

²⁵ Per una disamina dei commenti a corredo della sentenza in discorso, v. LA SPINA, *Obbligo di soccorso o favoreggiamento di immigrazione clandestina?*, in *Giureta*, vol. IX, 2011, p. 509; VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l’intervento umanitario*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2010, p. 87. Cfr. anche TREVISANUT, *Le Cap Anamur: Profils de droit international et de droit de la mer*, in *Annuaire du Droit de la Mer*, 9, 2004, p. 49.

²⁶ Nelle motivazioni della decisione viene puntualizzato che “il Tribunale ritiene di dover pervenire alla dichiarazione di assoluzione degli imputati essendo emerso che la condotta materiale (ossia l’attività diretta a procurare l’ingresso dei trentasette cittadini extracomunitari in Italia posta in essere attraverso il trasporto di costoro in acque nazionali e il successivo sbarco)” è stata commessa in presenza della causa di giustificazione prevista dall’art. 51 cod. pen., nella specie di adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale.

²⁷ Precedente significativo rispetto al caso *Cap Anamur* è quello del mercantile norvegese *Tampa*, che aveva prestato soccorso, in acque internazionali ad un peschereccio indonesiano in avaria sul quale erano imbarcati 433 profughi di diverse nazionalità e al quale, il 26 agosto 2001, dopo il soccorso – effettuato su richiesta delle autorità marittime australiane – era poi stato impedito l’ingresso nelle acque territoriali australiane. Sul punto, FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La*

verte, in tutta evidenza, nell'affermazione della competenza del soggetto (in questo caso lo Stato) chiamato ad occuparsi del destino dei migranti soccorsi, anche considerando i riflessi ipotizzabili in questo genere di vicende – che è agevole comprendere non costituiscono casi isolati ma, al contrario, si presentano con sempre maggiore frequenza. L'auspicio è di evitare “abdicazioni più o meno striscianti dall'esercizio dei poteri in materia di soccorso in mare”²⁸, soprattutto nelle zone di competenza prescritte dalla convenzione di Amburgo 1978 (SAR), attraverso un più efficace coordinamento e ripartizione di oneri e risorse tra gli Stati interessati dal fenomeno.

Per quanto attiene ai profili penalistici della vicenda, appare opportuno soffermarsi sull'elemento della causa di giustificazione indicata dal collegio giudicante quale elemento fondante la sentenza di assoluzione, identificata nel disposto di cui all'art. 51 cod. pen. (e, nella specie, come sottolineato nelle motivazioni della decisione, nell'“adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale”). Secondo il Tribunale di Agrigento, l'operatività della scriminante in oggetto muove dal riconoscimento del dato oggettivo del soccorso compiuto ed è fondata, sotto il profilo normativo, da una lettura costituzionalmente orientata della locuzione “dovere imposto da una norma giuridica”²⁹.

Nel caso in questione, non sembrano sussistere dubbi circa l'obbligatorietà

Comunità internazionale, 2002, p. 61. Cronologicamente successiva al caso *Cap Anamur* è invece la vicenda della nave *Pinar* che, nel 2009, dopo aver soccorso diversi migranti clandestini al largo di Lampedusa e all'interno della zona SAR maltese, a fronte dell'indisponibilità del Governo maltese ad accogliere i migranti, si era vista rifiutare l'ingresso anche nelle acque territoriali italiane. Dopo una lunga trattativa, la nave fu autorizzata ad attraccare a Porto Empedocle. Sul punto DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2009, p. 800.

²⁸ Così COMENALE PINTO, *op. cit.* (*supra*, nota 2), p. 614.

²⁹ Secondo autorevole dottrina, la *ratio* della norma va ravvisata nell'esigenza di rispettare il principio di non contraddizione all'interno dell'ordinamento, inoltre, nel caso in cui l'obbligo di agire derivi da legge o da atto normativo equiparato, la locuzione “dovere imposto da una norma giuridica”, di cui all'art. 51, 1 comma, cod. pen., deve essere intesa nel senso più lato, cioè come comprensiva di un qualsiasi precetto giuridico, non importa se emanato dal potere legislativo o da quello esecutivo. Inoltre, in conformità con l'art. 10 Cost., per il quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, il predetto dovere scriminante potrà trovare la sua fonte anche in un ordinamento straniero, purché il diritto internazionale esiga che tale dovere sia riconosciuto come valido anche dallo Stato italiano. Così, FIANDACA MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2008, p. 270. Sul punto, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, p. 251, osserva che le norme giuridiche che impongono un dovere scriminante possono promanare non soltanto dalla legge o da altri atti dotati di forza di legge (come, ad esempio, i decreti legislativi o i decreti-legge), ma anche da fonti sub-legislative, quali i regolamenti. Quanto alla possibile rilevanza del diritto straniero, nel caso di reati commessi nel territorio italiano, qualora vengano in evidenza norme straniere che impongono il dovere di commettere fatti penalmente rilevanti in base alla legge italiana, esse vanno considerate irrilevanti sulla base del disposto dell'art. 6 cod. pen., che sancisce l'incondizionata applicabilità della legge penale italiana.

della norma (*rectius*, delle norme, atteso che, come ci si accinge a puntualizzare *infra*, le fonti da cui scaturisce l'obbligo in questione sono molteplici), trattandosi non solo di precetti codificati nella normativa nazionale, ma anche in quella internazionale, cui il nostro ordinamento è tenuto a conformarsi proprio in base al comma 1 dell'art. 10 Cost. (particolare valore assumono, in tale frangente, anche i commi successivi della norma in questione, ove si statuisce che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali" e che "lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge")³⁰.

Per quanto concerne i profili di diritto della navigazione meritano di essere approfondite le questioni relative, come già accennato *supra*, all'obbligo (del comandante) di prestare soccorso e alla individuazione del porto sicuro in cui condurre i naufraghi – extracomunitari – tratti in salvo.

In relazione all'istituto del soccorso in mare è necessario premettere brevemente che il presupposto essenziale per l'applicazione della relativa disciplina è costituito dalla ricorrenza dell'elemento del "pericolo". È proprio la situazione di "pericolo" in cui versano la nave o gli altri beni (non solo le persone fisiche, ma anche, ad esempio, l'ambiente marino)³¹ che – valutata secondo un certo grado di pericolosità e di attualità – si pone come discriminante rispetto ad altre fattispecie (quali, ad esempio, il rimorchio)³². In relazione a tale aspetto, la normativa precisa, in particolare, che il soggetto (persona fisica) che riceve il soccorso deve trovarsi "in pericolo di perdersi"³³. Allo stesso modo, al grado (in questo caso, estremo) di pericolosità, deve corrispondere l'attualità del pericolo, che deve sussistere al momento in cui il soccorso è richiesto.

³⁰ Com'è noto e come rilevato dallo stesso collegio giudicante nella sentenza di assoluzione, tra le norme del diritto generalmente riconosciute rientrano anche quelle poste dagli accordi internazionali in vigore per l'Italia che assumono, in base al principio "*pacta sunt servanda*", un carattere di sovraordinazione rispetto alla disciplina interna, ai sensi dell'art. 117 Cost., a norma del quale la potestà legislativa è esercitata nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

³¹ L'affermazione dell'impronta ambientalista nel diritto della navigazione trova un riscontro importante proprio nella convenzione di Londra 1989 (*Salvage*), in cui la finalità pubblicistica rappresentata dalla tutela dell'ambiente marino viene ad integrarsi con le finalità eminentemente commerciali e privatistiche del trasporto marittimo. In base a questa nuova concezione (c.d. *liability salvage*), le operazioni di soccorso assumono anche la finalità di salvare gli interessati dalla responsabilità patrimoniale per i danni da inquinamento marino. Sull'argomento in generale CAMARDA, *Convenzione "Salvage 1989" e ambiente marino*, Milano, 2006.

³² V. PANZERI, *Sulla distinzione tra rimorchio e soccorso*, in *Diritto Marittimo*, 2008, p. 611 ss.

³³ Cfr., ad esempio, l'art. 10 della Convenzione di Londra 1989 (*Salvage*) dove, in relazione al salvataggio di persone, si utilizza l'espressione "*person in danger of being lost at the sea*". Sul punto è stato osservato che il grado di pericolo può essere più sfumato quando si tratti di cose. In tal caso, il semplice pericolo di danneggiamento delle cose viene comunque fatto rientrare nella disciplina del soccorso. Sul punto, CAMARDA, *op. cit.* (*supra*, nota 4), p. 96.

Quanto, invece all'analisi del contenuto del precetto giuridico del soccorso (e cioè dell'obbligo di prestare soccorso), nel panorama giuridico pluriordinamentale, viene innanzi tutto in evidenza la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982) (CNUDM)³⁴, il cui art. 98 – che è considerato espressione di un principio fondamentale ed intangibile della cultura marinara³⁵ – impone ai comandanti delle navi l'obbligo di “*render assistance*” a chiunque si trovi in pericolo in mare e, al contempo, impone agli Stati costieri la promozione di un sistema adeguato ed efficiente di ricerca e soccorso, anche mediante la collaborazione con altri Stati tramite la stipula di accordi regionali³⁶.

Da tale disposizione si evince che, titolare dell'obbligo della prestazione del soccorso non è solo il singolo soggetto (il comandante), ma anche lo Stato Parte alla convenzione stessa e dunque destinatario dei precetti giuridici in essa racchiusi. A suffragare tale impostazione soccorrono il combinato delle disposizioni contenute nelle altre norme internazionali in materia e, specificamente, nella convenzione di Londra del 1989 sul soccorso in mare³⁷, negli emendamenti della convenzione di Londra del 1974 per la salvaguardia della vita umana in mare

³⁴ La CNUDM è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 689/1994, in *G.U.* n. 295 del 19 dicembre 1994 – Suppl. Ordinario n. 164.

³⁵ Particolare importanza assume in tale contesto il principio di solidarietà proprio del soccorso in mare (e che, nel nostro ordinamento, trova fondamento nell'art. 2 Cost.), il quale, interconnettendosi o immedesimandosi con i doveri di cooperazione – anche in una prospettiva evolutiva che procede di pari passo con l'evoluzione tecnica – contribuisce ad ispirare l'intero diritto marittimo: così, CAMARDA, *op. cit.* (*supra*, nota 4), p. 16 ss.

³⁶ Nello specifico, attingendo al dato testuale della norma, “Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers, a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; b) to proceed with all possible speed to the rescue of person in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him; c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call”. Il successivo par. 2, dispone inoltre che “Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangement cooperate with neighbouring States for this purpose”.

³⁷ La Convenzione di Londra del 28 aprile 1989 sul soccorso in mare (“*Salvage*”), ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 129/1995, inquadra l'istituto del soccorso in mare e le relative obbligazioni all'interno di uno schema prevalentemente privatistico. L'entrata internazionalmente in vigore della Convenzione ha rivoluzionato l'intero regime giuridico in materia di soccorso. In primo luogo, infatti, il nuovo regime è applicabile anche quando dovrebbe applicarsi la normativa nazionale (che sopravvive solo a livello residuale, integrativo). Inoltre, essa ha determinato la scomparsa della distinzione tra assistenza e salvataggio, fondata (come già rimarcato *supra*, v. nota 4) sulla capacità (anche parziale) della nave di manovrare e, quindi di cooperare effettivamente durante le operazioni di soccorso: così, ancora, CAMARDA, *op. cit.* (*supra*, nota 4), p. 3.

(SOLAS)³⁸ e della citata convenzione SAR, che disciplinano, rispettivamente, la fattispecie del soccorso nelle diverse angolature, privatistiche e pubblicistiche³⁹.

In particolare, sotto un profilo eminentemente privatistico (afferente al campo del diritto privato uniforme, in cui si innestano alcuni riflessi pubblicistici), gli articoli 10 e 16 della Convenzione *Salvage*, dispongono (con alcune differenze) in merito al soccorso delle persone. L'art. 10, che prevede una forma di soccorso obbligatorio *ex lege*, si riferisce al dovere di prestare soccorso alle persone in pericolo di perdersi in mare, a condizione che la prestazione non metta a serio pericolo la nave soccorritrice e le persone a bordo. Al primo comma, infatti, è stabilito che “*every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea*”⁴⁰. Il secondo comma della norma in oggetto, nel lasciare agli Stati contraenti la libertà di prevedere ulteriori misure più appropriate in materia (“*the States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1*”), apre alla possibilità che le singole normative nazionali dispongano norme più stringenti – comprese le eventuali sanzioni – circa l'obbligo in oggetto⁴¹. L'art. 16 della citata convenzione si occupa invece di un altro aspetto relativo al soccorso delle persone ma contenente dei principi che appaiono solo parzialmente applicabili al caso di soccorso nei confronti di naufraghi extracomunitari stipati a bordo di “carrette del mare” in procinto di affondare. Se infatti la prima parte della norma in questione stabilisce, come principio generale, proprio della tradizione marittima, l'inesistenza di un diritto – in capo al *salvor* – ad

³⁸ La Convenzione SOLAS 1974, entrata in vigore sul piano internazionale il 25 maggio 1980, è stata resa esecutiva in Italia con la legge del 23 maggio 1980 n. 313 ed è entrata in vigore nel nostro ordinamento l'11 settembre 1980.

³⁹ La citata Convenzione SOLAS si inquadra in un'ottica, più eminentemente pubblicistica, incentrata sulla sicurezza intesa nella sua duplice accezione di *safety* e *security*. Sull'impianto originario della Convenzione SOLAS – incentrato sulla tematica della sicurezza in mare nella sua accezione di *safety* – sono state successivamente innestate (con gli emendamenti del 13 dicembre 2002 e l'adozione del c.d. *ISPS Code*) anche previsioni in materia di *security*, relativamente alle c.d. interferenze esterne. Cfr. in generale COPPENS & SOMERS, *Towards New Rules on Disembarkation on Person Rescued at Sea?*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 25, 2010, p. 377.

⁴⁰ Sul punto, è stato osservato che il dovere in esame non avrebbe alcuna connessione con un'operazione di soccorso legata al salvataggio di una nave o di un altro bene in pericolo (così come definita dall'art.1 della Convenzione: “*Salvage operation means any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters whatsoever*”), ma potrebbe configurarsi anche indipendentemente da tale circostanza (ad esempio, nel caso di un nuotatore o di un naufrago trascinato al largo da una corrente marina e soccorso da una nave in transito). Sul punto, cfr. RIZZO, *La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua e il codice della navigazione*, Milano, 1996, p. 277.

⁴¹ Nel quadro del diritto interno italiano (v. *infra*), accanto ai precetti contenuti negli artt. 489 ss. cod. nav. (e, correlativamente, per quanto concerne gli aeromobili, *ex art.* 981 cod. nav.), si aggiunge l'omissione di assistenza a navi o persone in pericolo prevista dall'art. 1158 cod. nav.

una remunerazione (“*No remuneration is due from persons whose lives are saved, but nothing in this article shall affect the provisions of National law in this subject*”) ⁴², il comma 2 dell’art. 16 della *Salvage* invece prevede la possibilità di ottenere la predetta remunerazione nel caso in cui il salvataggio di vite umane sia avvenuto in un più ampio contesto di operazioni di soccorso (e, in particolare, nel caso vi sia stato un contestuale soccorso della nave, del carico e dei beni accessori). Come si vede, quest’ultima fattispecie, tipica del soccorso contrattuale, sembra difficilmente applicabile al caso dei migranti extracomunitari soccorsi a bordo di imbarcazioni malandate (delle quali peraltro non è spesso agevole nemmeno risalire alla proprietà).

In relazione alla titolarità dell’obbligo di soccorso, come regolato dalla convenzione *Salvage*, si osserva che, in ogni caso, anche secondo il tenore letterale della predetta convenzione, tale dovere grava personalmente ed esclusivamente sul comandante ⁴³.

⁴² Per quanto concerne i profili inerenti l’obbligatorietà e la gratuità del soccorso di persone contemplati dalla convenzione *Salvage*, ivi compresa l’integrazione con il disposto di cui all’art. 493 cod. nav. (che prevede alcune disposizioni in merito), cfr. SEVERONI, *La remunerazione del soccorso tra interesse pubblico ed interessi privati*, II, *Profili sistematici e lineamenti evolutivi*, Milano, 2005, p. 10.

⁴³ Il fatto che si tratti di un obbligo che grava esclusivamente sul comandante della nave soccorritrice è confermato dalle disposizioni contenute nel par. 3 della stessa norma, ove si dispone che il proprietario della nave è espressamente esonerato da ogni responsabilità per il caso della violazione del precetto da parte del comandante. Sul punto si potrebbe osservare che, se non vi sono dubbi sul fatto che la figura del comandante di nave sia destinataria del dovere giuridico di soccorrere (secondo un orientamento giurisprudenziale piuttosto datato, tale dovere incomberebbe soltanto su determinati soggetti qualificati: sul punto, cfr. Cass., sez. IV, 20 ottobre 1968, n. 1458, dove si sostiene che l’adempimento di un dovere imposto da norma giuridica vale quale causa di non punibilità solo quando rientra nell’ambito dei doveri propri del diritto pubblico, onde i soggetti che ne possono beneficiare sono i pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio ed i privati esercenti un servizio di pubblica necessità), più dubbia e sfumata potrebbe apparire la posizione di altri soggetti che, per ipotesi, si venissero a trovare in una situazione analoga (sarebbe il caso del pescatore dilettante o del diportista che si sia imbattuto per caso in un naufrago al quale abbia prestato soccorso e che poi sia risultato essere un immigrato illegale proveniente da una delle tante unità abbandonate alla deriva in prossimità delle coste italiane). In relazione alla figura del comandante di nave (così come alla figura, omologa del comandante di aeromobile), l’art. 1235, n. 2, cod. nav. lo qualifica, per alcuni aspetti, come un ufficiale di polizia giudiziaria. Il comandante di nave, in ogni caso, è una delle figure più complesse per i suoi aspetti tecnici, privatistici ed amministrativi, oltretutto per la varietà e la vastità dei settori che investe. Le attribuzioni della figura in questione, contenute nel libro secondo, capo IV cod. nav. (artt. 292 ss.) e la stessa predisposizione al comando, sono infatti fondati sul presupposto del possesso di determinati requisiti di idoneità e non costituiscono soltanto una conseguenza, meramente privatistica, della nomina da parte dell’armatore (cui il comandante è legato da un rapporto di lavoro subordinato), ma – com’è noto – investono anche rilevanti profili pubblicistici. Oltre a rappresentare l’armatore, il vettore, il proprietario della nave e gli aventi diritto al carico, il comandante è anche capo della spedizione e capo della comunità viaggiante, in grado di espletare pubbliche funzioni come esercente privato di poteri disciplinari, amministrativi e di polizia (ad esempio, in qualità di ufficiale di stato civile,

Sotto il profilo organizzativo, come già sottolineato, la convenzione di Amburgo 1979 (SAR)⁴⁴, rappresenta un accordo fondamentale ai fini della costituzione e dello sviluppo – da parte degli Stati contraenti – di un servizio efficace di ricerca e soccorso, attuato mediante la suddivisione delle porzioni marine in aree di ricerca e soccorso di competenza dei singoli Stati (“*Search and Rescue Regions*”). All’interno di tali aree, secondo il disegno della convenzione, sono stati istituiti uno o più centri di coordinamento e soccorso (“*Rescue Co-ordination Centre*”) e, ancora, centri secondari di soccorso (“*Rescue Sub-centre*”).

In base alla normativa SAR, per quanto concerne l’Italia, la titolarità e la responsabilità delle predette operazioni di soccorso e ricerca in mare sono state attribuite al Comando Generale del Corpo delle capitanerie di porto⁴⁵.

Quanto alla convenzione SOLAS, il cap. V (“*safety of navigation*”) Reg. 33, nella versione precedente al 2004 imponeva al comandante di nave che si fosse trovato nella posizione di dover prestare soccorso a (una o più) persone in mare, di provvedere con sollecitudine alle operazioni di salvataggio e di informare prontamente il servizio SAR. Nel caso di impossibilità di prestare soccorso (“*If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance*”), sul comandante gravava comunque l’obbligo di specificare – con opportune note inserite nel giornale di bordo – le ragioni per le quali avesse ritenuto non necessario o irragionevole prestare soccorso. Con i successivi emendamenti (non in vigore al tempo della vicenda in esame), sono state introdotte regole più specifiche, atte a garantire, da un lato, l’effettività dei servizi di ricerca e soccorso SAR e, dall’altro, a ridurre al minimo gli inconvenienti per la nave che presti assistenza (meritano di essere menzionati, in tale contesto, i doveri di cooperazione imposti agli Stati parte per far sì che i comandanti delle navi soccorritrici siano sollevati al più presto dai propri obblighi, con una minima deviazione dalla rotta

può ricevere testamenti, ai sensi dell’art. 203 ss. cod. nav.). Sull’argomento, si veda, *amplius*, LA TORRE, *Equipaggio, comando e determinazione della rotta nella navigazione marittima*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2013, p. 95 ss.; LA TORRE, *Comando e comandante nell’esercizio della navigazione*, Napoli, 1997; SPASIANO, *Comandante della nave o dell’aeromobile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII/1960, p. 688; QUERCI, *La figura giuridica del comandante di nave e di aeromobile*, Milano, 1964; ALIOTTA, *Il comandante di nave nell’esercizio di pubbliche attività*, Napoli, 1948.

⁴⁴ V. *supra* nota 6.

⁴⁵ L’Italia, in adeguamento ai dettami della convenzione, attraverso il d.P.R. n. 662/1994, ha introdotto delle importanti innovazioni nel campo dell’organizzazione e del coordinamento delle attività di ricerca e soccorso in mare. A tale scopo, al Comando Generale delle Capitanerie di Porto è stata attribuita la funzione di Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso Marittimo (*International Maritime Rescue Co-ordination Centre – IMRCC*), con il compito di assicurare l’organizzazione generale dei servizi di ricerca e salvataggio e coordina le operazioni nell’ambito dell’intera regione italiana e tiene i contatti con i centri di coordinamento del soccorso degli altri Stati.

prevista e organizzando lo sbarco dei naufraghi al più presto)⁴⁶. Sotto il profilo umanitario, particolare valore assume l'espressione, contenuta nel testo emendato della convenzione, "*place of safety*", che non solo viene riferita a ogni "*location where rescue operations are considered to terminate*", ma anche ad ogni luogo "*where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs, such as food, shelter and medical needs can be met*". Infine, è considerato "*place of safety*", anche il luogo "*from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*"⁴⁷. Analogamente, viene sottolineata la necessità di fornire un quadro normativo delle obbligazioni e delle procedure in materia di soccorso, atto a garantire che le persone salvate in mare "*will be provided a place of safety regardless of their nationality, status or the circumstances in which they are found*"⁴⁸ e, soprattutto, viene ribadito l'obbligo di trattare le persone salvate con umanità ("*do everything possible, within the capabilities and limitations of the ship, to treat the survivors humanely and to meet their immediate needs*")⁴⁹.

⁴⁶ Nelle "*Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*", introdotte con la MSC Res 167(78) del 20 maggio 2004, tra le obbligazioni imposte specificamente agli Stati, attraverso i rispettivi *rescue co-ordination centres* (RCCs), viene specificato (6.3) che "*a ship should not be subject to undue delay, financial burden or other related difficulties after assisting persons at sea; therefore coastal States should relieve the ship as soon as practicable*".

⁴⁷ In merito al concetto di "*place of safety*", di cui ai parr. 6.12-6.18 delle "*Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*" – Res. MSC 167(78) del 20 maggio 2004, nelle stesse *Guidelines* viene puntualizzato che, ai fini della qualificazione del "*place of safety*", è necessario avere riguardo alle particolari circostanze del caso (6.15) e che, comunque "*a place of safety may be on land, it may be aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can be serve as a place as safety until the survivors are disembarked to their final destination*" (6.14).

⁴⁸ Cfr. Res. MSC.153(78), dove ci si premura anche di specificare che gli emendamenti alla convenzione SOLAS V/33 hanno lo scopo di rimarcare "*that the responsibility to provide a place of safety, or to ensure that a place of safety is provided, falls on the Contracting Governemnt responsible for the search and rescue region in which the survivors were recovered*". Con riferimento alla sentenza di assoluzione resa dal Tribunale di Agrigento il 7 ottobre 2009, nei motivi della decisione, viene sottolineato che "la doverosa operazione di salvataggio non poteva considerarsi esaurita con il trasbordo dei naufraghi sulla nave soccorritrice, ma doveva caratterizzarsi (anche) dalla conduzione delle persone soccorse in una località sicura".

⁴⁹ Il testo del capitolo V – Reg. 33 SOLAS è stato significativamente modificato nel 2002, mediante alcune risoluzioni MSC – e, in particolare, trattasi delle Res. MSC 153(78) e MSC 155(78) – entrate in vigore nel 2006. Tali modifiche alle convenzioni SOLAS e SAR hanno introdotto rigide obbligazioni a carico del comandante di nave e degli Stati Parte, soprattutto in relazione alle c.d. "*humanitarian obligations*". In particolare, nel testo del succitato Reg. 33, come emendato, della convenzione SOLAS ("*Distress situations: obligations and procedures*") è stato inserito un sub-par. 1 in cui è stato chiaramente specificato che "*Contracting Governments shall co-ordinate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from the obligations under the current regulations does not further endanger the safety of life at sea. The Contracting Government responsible for the search*

Come già ricordato *supra*, è la convenzione SAR, come emendata, a imporre gli obblighi più rilevanti in materia di *humanitarian obligations*. Attraverso le “*Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*”, è stato integrato il quadro generale delle obbligazioni poste sia a carico del comandante della nave soccorritrice, sia a carico degli Stati Parte⁵⁰.

Per quanto concerne, infine il profilo normativo nazionale, gli artt. 69 e 70 del cod. nav. si occupano del c.d. soccorso per ordine dell'autorità (o “soccorso d'autorità”)⁵¹, mentre gli artt. 489-490 cod. nav. disciplinano il vero e proprio soccorso obbligatorio (come già detto, le due norme, in base alla tradizionale bipartizione del concetto di soccorso, distinguono tra assistenza e salvataggio). Queste ultime due norme dispongono, rispettivamente, che l'assistenza ad una nave (o ad un aeromobile) che si trovi in mare o in acque interne e che si trovi in pericolo di perdersi è obbligatoria “in quanto possibile senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri, oltre che nel caso previsto dall'art. 485, quando a bordo della nave o dell'aeromobile siano in pericolo persone”⁵². Simmetricamente, l'art. 490 cod. nav. dispone che, “quando la nave o l'aeromobile in pericolo sono del tutto incapaci, rispettivamente, di manovrare e di riprendere il volo, il comandante della nave soccorritrice è tenuto, nelle circostanze e nei limiti indicati nell'articolo precedente, a tentarne il salvataggio ovvero, se ciò non sia possibile, a tentare il salvataggio delle persone che si trovano a bordo. È del pari obbligatorio, negli stessi limiti, il tentativo di salvare persone che siano in mare o in acque interne in pericolo di perdersi”.

and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases the relevant Contracting Government shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable”.

⁵⁰ Cfr. MSC Res. 167(78), del 20 maggio 2004.

⁵¹ Cfr. CAMARDA, *op. cit.* (*supra*, nota 4), p. 167. L'obbligo di soccorso può trovare la sua fonte in un ordine dell'autorità amministrativa, oppure nella legge. Mentre la fattispecie del soccorso obbligatorio è specificamente definita dagli artt. 489-490 cod. nav., gli artt. 69-70 cod. nav. disciplinano il c.d. “soccorso d'autorità”, che si realizza quando l'autorità marittima, avuta notizia “di una nave in pericolo ovvero di un naufragio o di altro sinistro”, adempie all'obbligo di provvedere al soccorso. In tale contesto essa può “ordinare che le navi che si trovano in porto o nelle vicinanze siano messe a disposizione con i relativi equipaggi”. Ciò, comunque, non esclude che, ricorrendo altri presupposti, anche questo tipo di intervento possa rientrare nell'istituto privatistico del soccorso. Sul punto, cfr. CAMARDA, *op. cit.* (*supra*, nota 4), 151.

⁵² Il secondo comma dell'art. 489 cod. nav. dispone inoltre che “il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla”. Come si vede, il dato testuale dell'art. 489 cod. nav., ricalca quanto già disposto nella normativa internazionale.

A riprova dell'obbligatorietà del precetto, l'art. 1158 cod. nav. – che si pone in un rapporto di specialità rispetto alla figura generale dell'omissione di soccorso contemplata dall'art. 593 cod. pen. – dispone che l'omissione di soccorso da parte del comandante di nave (o aeromobile) nei casi in cui ne ha l'obbligo, è sanzionata penalmente⁵³.

Sempre con riferimento alla normativa nazionale (e ad ulteriore conferma dell'importanza che l'istituto del soccorso riveste anche nel nostro ordinamento) si ricorda il già citato art. 12, comma 2, del decreto legislativo n. 286/1998 – T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, come emendato dalla legge n. 189/2002 – in cui si dispone che, “fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del cod. pen., non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”.

Come si vede, nell'adempimento del dovere di soccorrere – sia che ci si trovi in presenza di una norma internazionale, sia che si prenda in considerazione il diritto interno – la ragione umanitaria che giustifica l'obbligatorietà *ex se* del precetto (e come opportunamente rimarcato nella sentenza *de qua*) rappresenta un valido supporto alla tesi secondo la quale il soccorso – umanitario e non – non solo non costituisce reato, ma rappresenta un obbligo imposto dallo stesso ordinamento.

In relazione alla seconda questione (inerente alla individuazione del “porto sicuro” in cui condurre i naufraghi – nella specie, extracomunitari – tratti in salvo), si richiama quanto sopra, a proposito dell'espressione contenuta nel testo emendato della convenzione SOLAS, “*place of safety*”. Tale locuzione, come si è detto, si riferisce al luogo in cui non solo abbiano avuto termine materialmente le operazioni di soccorso (e dove, cioè, la vita e la sicurezza delle persone salvate non debba più considerarsi in pericolo), ma anche dove le necessità umane primarie (in termini di somministrazione di cibo, alloggio e servizi medici) possano essere soddisfatte e dal quale possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione vicina o finale. Nei motivi della decisione resa dal Tribunale di Agrigento, il collegio espressamente ha richiamato le linee Guida IMO dettate dalle risoluzioni MSC 153(78) e 153(78), che contengono le disposizioni appena ricordate in materia di “*place of safety*”. Tali disposizioni (entrate tutta-

⁵³ L'art. 1158 cod. nav. dispone infatti che il comandante “di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionali o stranieri”, qualora ometta di “prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo [...] è punito con la reclusione”. La pena prevista può variare da due anni fino a otto, in considerazione delle circostanze del caso (è tuttavia prevista una reclusione fino a sei mesi nel caso di reato colposo). Secondo la giurisprudenza, il reato di omissione contemplato nell'art. 1158 cod. nav. ha natura di mero pericolo e prescinde quindi dal successo che il soccorso, se prestato avrebbe potuto avere. Così, *Cass. – Sez. III pen. – 11 gennaio 2006, n. 568*. Cfr. TORRESI, *Il principio di offensività nei reati di pericolo*, in *Diritto Marittimo*, 2006, p. 185.

via in vigore soltanto nel 2006 e che la Corte ha ritenuto comunque implicitamente applicabili alla fattispecie in oggetto, mediante un'interpretazione logico-sistematica della normativa internazionale) chiariscono in maniera puntuale che la nave soccorritrice costituisce soltanto un luogo di ricevimento temporaneo dei naufraghi e che spetta allo Stato costiero il compito di liberare la nave soccorritrice dal "peso" di gestire a bordo le persone soccorse (sul punto, il collegio giudicante, ha ritenuto di specificare che tale "peso" non si riferisce solamente alle incombenze legate alla somministrazione di vitto ed assistenza medica, ma soprattutto, va rapportato alla necessità di garantire ai naufraghi il "diritto universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma").

Con la sentenza in questione viene, in definitiva, affermato un fondamentale principio secondo il quale l'intervento del soccorso non si esaurisce accogliendo a bordo i naufraghi, ma si realizza solo dopo averli trasportati in un luogo sicuro – in ciò confermando che la titolarità della decisione sull'idoneità del porto indicato come luogo sicuro spetta al solo comandante⁵⁴.

In relazione alla prospettazione dell'emergenza sanitaria, idrica e di carburante da parte del comandante S., finalizzata – secondo la ricostruzione inizialmente offerta a giustificazione della tesi accusatoria e astrattamente atta a travalicare i limiti della scriminante (o, quanto meno a rappresentare un *fumus* idoneo ad integrare gli estremi della fattispecie criminosa)⁵⁵ – il collegio, nel ritenerla irrilevante ai fini dell'accertamento del dolo specifico (il personale di polizia, al momento dello sbarco non aveva riscontrato gli estremi di un'emergenza sanitaria e alimentare o problemi di salute nei migranti), ha voluto puntualizzare che il dovere giuridico di sbarcare i naufraghi "opera a prescindere dalle loro condizioni di salute".

Nella valutazione della condotta posta in essere dagli imputati, il collegio ha, in definitiva, concluso che tale condotta si è svolta nel rispetto dei protocolli previsti dalla pertinente normativa.

Analogamente⁵⁶, dalla pronuncia è emerso, con altrettanta chiarezza, come anche la questione relativa alla titolarità del soggetto (e, cioè, dello Stato) competente ad esaminare le richieste di asilo operi su un piano nettamente separato

⁵⁴ Così, VASSALLO PALEOLOGO, *op. cit.* (*supra*, nota 25), p. 95.

⁵⁵ Il personale della "Cap Anamur" è stato accusato non soltanto di aver favorito l'ingresso nel territorio italiano dei migranti clandestini, ma altresì di aver conseguito un profitto dalla situazione, attraverso la creazione di un vero e proprio caso a scopo pubblicitario a beneficio dell'omonima organizzazione umanitaria tedesca (in particolare, la speculazione mediatica sollevata dalla vicenda, unitamente alla presenza a bordo di un operatore documentarista, oltre che di giornalisti e fotografi saliti a bordo durante il periodo di permanenza della nave ai confini del mare territoriale italiano – secondo la tesi accusatoria – avrebbe permesso alla società di conseguire un vantaggio patrimoniale). Sul punto, l'art. 1, 3 c. della legge n. 189/2002, si riferisce al compimento di atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato "al fine di trarre profitto, anche indiretto".

⁵⁶ Sul punto, v., ancora, VASSALLO PALEOLOGO, *op. cit.* (*supra*, nota 25), p. 95.

rispetto all'obbligo giuridico che incombe sul solo comandante, in qualità di capo della spedizione e della comunità viaggiante, dell'individuazione del "luogo sicuro" in cui effettuare lo sbarco. Appurato che lo sbarco nel "*place of safety*", come sopra definito, si pone quale momento conclusivo delle operazioni di soccorso (e delle correlate obbligazioni) da parte del soggetto che presta il salvataggio, spetta dunque allo Stato costiero, quale destinatario dell'obbligazione residua, subentrare alla nave soccorritrice nella gestione delle persone salvate. Sul punto, ci si limita a sottolineare che, in ogni caso, la normativa nazionale italiana in materia di respingimento (e, segnatamente, il già citato T.U. in materia di immigrazione n. 286/1998, come successivamente modificato), precisa, all'art. 10 comma 4, che le attività connesse al predetto respingimento "non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari" e che (art. 19) "in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione".

3. *Il reato di danneggiamento di attrezzature di navigazione in alto mare*

Come riportano le cronache più recenti tale fattispecie si riferisce alla pratica, frequente presso i c.d. scafisti, di manomettere alcune parti (principalmente, le dotazioni di bordo e di sicurezza o le apparecchiature nautiche) delle navi da essi condotte in direzione delle coste, al fine di simulare una situazione di pericolo⁵⁷. Generalmente, in seguito a tali atti, le imbarcazioni, cariche di migranti irregolari, vengono abbandonate a se stesse dai medesimi scafisti, i quali in seguito si allontanano a bordo di altre unità veloci, quali gommoni o motoscafi, oppure rimangono nascosti sulle stesse unità così danneggiate, in attesa di ricevere soccorso, nel tentativo di sbarcare sul territorio italiano, confusi tra gli altri migranti.

Negli ultimi tempi, accanto a tale pratica, è divenuta frequente la prassi diversa – ma non meno pericolosa per l'incolumità dei migranti e per la stessa si-

⁵⁷ Cfr., a titolo esemplificativo, l'allegata relazione della Guardia di Finanza – Nucleo di manovra di Otranto – sull'operazione aeronavale anti immigrazione conclusa in data 8 agosto 2012 con il fermo dell'imbarcazione *Tusa* e la, correlata, richiesta di procedimento del 13 agosto 2011, trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Crotona, quest'ultima citata nella nota 11. Il danneggiamento delle attrezzature in corso di navigazione, e in particolare della pompa di sentina, viene trattato incidentalmente anche da Cass. – Sez. I Pen. – 10 dicembre 2014, n. 3345.

curezza della navigazione – di utilizzare vere e proprie navi, anche di rilevante tonnellaggio, che (a seguito di alcune manomissioni) vengono lasciate senza governo, sospinte in direzione delle coste italiane (queste unità – per le quali in genere si rende necessario intervento degli aviosoccorritori SAR, attraverso l'invio a bordo di proprio personale in grado ripristinare le condizioni di governo – sono state definite vere e proprie “navi fantasma”)⁵⁸.

Casi di questo tipo rientrano nell'ambito di applicazione della convenzione di Roma 1988 (SUA) per la repressione dei reati diretti contro la sicurezza della navigazione marittima⁵⁹, ratificata in Italia con legge n. 422/1989.

In particolare, la norma internazionale impone agli Stati membri di adottare misure repressive adeguate alla gravità dei delitti previsti, tra i quali si elenca anche il caso del danneggiamento di installazioni o servizi di navigazione marittima o grave alterazione del funzionamento tale da mettere in pericolo la sicurezza della navigazione di una nave (art. 3 lett. e).

Proprio tale ipotesi di reato, trova un particolare riconoscimento all'art. 3, comma 2, lett. b) della citata legge di ratifica, nella quale è prevista la reclusione da otto a ventiquattro anni a carico di chi “distrugge o danneggia gravemente attrezzature o servizi di navigazione marittima, o ne altera gravemente il funzionamento”.

Ai casi sopra descritti, in cui si dubita che i c.d. “scafisti” siano in possesso di titoli professionali validi per la conduzione ed il comando delle suddette unità, pare, invece difficilmente applicabile la fattispecie dell'abbandono abusivo di comando, di cui all'art. 1116 cod. nav., in quanto tale figura si realizza quando il comandante, senza necessità, lascia la direzione nautica della nave (o dell'aeromobile) in condizioni tali che la stessa direzione venga assunta da persona che non ha i requisiti per sostituirlo⁶⁰.

Tale norma interna è posta a tutelare la sicurezza sia della nave e del comando sia l'incolumità dell'equipaggio e dei passeggeri. Analogamente vi sono disposizioni relative a fattispecie connesse al danneggiamento delle attrezzature di

⁵⁸ Cfr. *supra*, nota 5.

⁵⁹ La *Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Navigation*, è stata adottata il 10 marzo 1988 ed è entrata in vigore il 1° marzo 1992; corredata da un protocollo sulla navigazione marittima e le piattaforme fisse, è stata emendata nel 2005. Cfr. *Diritto dei Trasporti*, 1989, p. 405 e p. 412, *Diritto dei Trasporti*, 1990, p. 453. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 28 dicembre 1989, n. 422, in *G.U.* n. 6 del 9 gennaio 1990 – Suppl. Ordinario n. 1. In materia di *security* nella navigazione marittima, in sede IMO è stato adottato anche il Codice ISPS (“*International Ship and Port facility Security*”), che accentua la rigerosità dei controlli e delle misure di sicurezza (istituendo anche un sistema di cooperazione) in base a determinati livelli di rischio. Sul punto, TELLARINI, *La normativa adottata in sede IMO in materia di security marittima*, in *Diritto Marittimo*, 2003, p. 1102.

⁶⁰ La norma incriminatrice speciale prevede un aumento di pena fino a un terzo se il fatto è commesso nei casi in cui il comandante della nave ha l'obbligo di dirigere personalmente la manovra.

bordo, o senz'altro conseguenti, come il caso dell'incendio o del delitto di naufragio o sommersione di nave, previsti dagli artt. 423, 424 e 425 cod. pen. da applicarsi in combinato disposto con l'art. 1122 cod. nav. che contiene delle aggravanti di pena quando tali atti siano commessi dal comandante o da altro componente dell'equipaggio.

In ogni caso, ai fini delle necessarie verifiche sulla corretta individuazione delle competenze di soggetti a bordo delle navi, è utile ricordare che secondo la normativa nazionale di cui alla legge n. 189/2002, i poteri di fermo, ispezione e sequestro⁶¹, attribuiti alle navi italiane, in servizio di polizia, che incontrino una nave di cui si ha fondato motivo di ritenere sia adibita o coinvolta nel traffico illecito di migranti “possono essere esercitati al di fuori delle acque territoriali [...] nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di nave senza bandiera o con bandiera di convenienza”.

4. *Il sequestro probatorio di nave in pendenza di procedimento per immigrazione clandestina*

L'argomento in esame è connesso con la più ampia questione legata alla figura di reato rappresentata dal favoreggiamento dell'immigrazione clandestina via mare e si riferisce alla procedura di sottoposizione a sequestro nei confronti dell'unità/nave (o delle unità) utilizzata per commettere il reato.

Secondo il comma 1 dell'art. 253 c.p.p., “l'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti”. A tale fine, in base al secondo comma della stessa norma, sono considerate corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo.

In base alla disciplina speciale in materia di immigrazione (cioè il più volte richiamato T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) viene in evidenza l'art. 12, commi 4 e 4-ter, il quale, in caso di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina⁶²,

⁶¹ L'art. 12, comma 9-bis della legge n. 189/2002, dispone che il sequestro può essere effettuato se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti.

⁶² Testualmente, la norma recita: “Nei casi previsti dai commi 1 e 3”. Il riferimento è effettuato con riguardo alla “attività diretta a favorire l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente” (comma 1) e alla circostanza che “il fatto di cui al comma 1 è commesso a fine di lucro o da tre o più persone in concorso tra loro, ovvero riguarda l'ingresso di cinque o più persone, e nei casi in cui il fatto è commesso mediante l'utilizzazione di servizi di trasporto internazionale o di documenti contraffatti”.

dispone che è obbligatorio l'arresto in flagranza ed è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati.

Proprio in relazione alla vicenda *Cap Anamur*, il 14 luglio 2004 – a seguito della sottoposizione a procedimento penale del comandante, S., del primo ufficiale, D. e del responsabile dell'organizzazione umanitaria, B.⁶³ – con decreto del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, venne disposta la sottoposizione a sequestro della nave (ancorata presso il porto di Porto Empedocle) e dei relativi documenti di trasporto e di viaggio. Successivamente, il 23 settembre dello stesso anno, essendo stata rigettata la domanda di riesame proposta avverso tale sequestro *ex art.* 324 c.p.p., il sequestro venne confermato. Il Tribunale di sorveglianza, in quella sede, aveva osservato che il sequestro era da considerarsi legittimo perché pertinente all'ipotesi accusatoria formulata (in particolare, era inoltre stata ritenuta sussistente la condizione relativa all'esigenza probatoria – costituita dalla nave e dai relativi documenti, qualificati come corpo del reato – dal momento che il Tribunale non era nelle condizioni per poter verificare in concreto la sussistenza del reato, configurato in astratto e allo stato degli atti da considerarsi pienamente legittimo).

Il 18 febbraio 2005, la nave, dopo il deposito di una cauzione di due milioni di dollari, tornò nella disponibilità della proprietà, che aveva intanto proposto ricorso in Cassazione contestando la legittimità del sequestro. Avverso l'ordinanza, emesa il 23 settembre 2004, i legali rappresentanti dell'associazione *Cap Anamur* avevano dedotto la violazione degli artt. 354 e 355 c.p.p. e del difetto di motivazione (nella specie, era stato contestato il fatto che l'ordinanza impugnata non conteneva alcuna indicazione pertinente tra il provvedimento del sequestro e la fattispecie criminosa contestata ma soltanto un generico riferimento a delle verifiche da effettuare sull'attrezzatura della nave)⁶⁴.

Con la sentenza n. 15689, la Prima Sezione penale della Corte di Cassazione si è così pronunciata sulla legittimità del sequestro della nave. La S.C., rigettan-

⁶³ Agli imputati, in concorso venne contestato il reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina, di cui agli artt. 110 cod. pen. e 12, comma 1, 2 e 3bis, decreto legislativo n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002. In particolare, secondo la tesi accusatoria, era stato prospettato che i tre imputati avevano agito al fine di procurarsi un profitto, sia diretto che indiretto (anche consistente nella pubblicità e risonanza internazionale, dalla quale sarebbe scaturito l'ulteriore profitto derivante dalla vendita a terzi delle immagini e delle informazioni del caso) e che, rappresentando falsamente alle autorità italiane competenti una situazione di emergenza (anche sanitaria) a bordo, avevano compiuto atti volti a favorire l'ingresso clandestino dei migranti nel territorio nazionale. Agli imputati venne anche contestata l'aggravante di aver agito in più di tre persone riunite e di aver introdotto clandestinamente più di cinque cittadini extracomunitari nel territorio nazionale.

⁶⁴ Sul punto, è stato osservato che, in generale, ai fini della convalida del sequestro effettuato dalla polizia giudiziaria, viene ritenuta sufficiente l'indicazione degli elementi che si assumono costituire corpo di reato, senza che sia richiesta la dimostrazione della fondatezza del precetto che si assume violato, che è riservata ai momenti successivi: v. Cass., sez. III pen., 27 aprile 2005, n. 15689.

do il ricorso, ha stabilito la legittimità del sequestro probatorio della nave argomentando che si sarebbe trattato del mezzo col quale era stato realizzato il reato o, almeno, la sua fattispecie astratta “bastando la sussistenza del *fumus* circa il rapporto di immediatezza tra sequestro e reato, non essendo richiesta la dimostrazione della *notitia criminis*, che è riservata a momenti successivi”⁶⁵. In sostanza, alla S.C. è apparso chiaro il collegamento tra il sequestro e la prospettazione accusatoria, ancorata al dato reale del trasporto di clandestini nel territorio italiano, realizzato proprio attraverso l’unità oggetto di sequestro. Come ultima considerazione, è stato infine puntualizzato che “le cose che soggiacciono a confisca obbligatoria non possono essere restituite agli interessati se non con la sentenza conclusiva del giudizio in caso di assoluzione o di proscioglimento”.

In relazione alla disciplina delle garanzie e all’esercizio delle azioni in ambito prevalentemente processual-privatistico, si osserva incidentalmente che, nel regime convenzionale di cui alla *Salvage*, l’art. 26 dispone che “*no provision of this Convention shall be used as a basis for the seizure, arrest or detection of humanitarian cargoes donated by a State, if such State has agreed to pay for salvage services rendered in respect of such humanitarian cargoes*”⁶⁶.

La *ratio* della disposizione in oggetto – che si riferisce alle azioni giudiziarie finalizzate a garantire la remunerazione dei servizi di soccorso tradizionalmente intesi (cioè resi in un più ampio contesto, inclusivo delle tradizionali *properties in danger*, e cioè nave, carico e altri beni accessori) – è, in tutta evidenza, quella di non ostacolare il fine dei suddetti beni anche attraverso il loro assoggettamento a provvedimenti cautelari⁶⁷.

⁶⁵ La sentenza in oggetto è reperibile in *Diritto Marittimo*, 2006, p. 179, con nota adesiva di SALAMONE, *Il Caso “Cap Anamur”: legittimo il sequestro della nave*.

⁶⁶ I carichi umanitari considerati dalla norma sono costituiti da viveri, medicinali ed altri prodotti del genere a vocazione umanitaria, “*donated by a State*”. Da quanto emerge dagli atti del procedimento *Cap Anamur*, la nave conteneva nelle sue stive anche prodotti finalizzati alla realizzazione di strutture ospedaliere e servizi sanitari.

⁶⁷ Sul punto, v., più ampiamente, CAMARDA, *op. cit.* (*supra*, nota 4), p. 337.

L'EVOLUZIONE DELLE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE IN TEMA DI INTERVENTI DI POLIZIA IN ALTO MARE, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLE OPERAZIONI AERONAVALI DELLA GUARDIA DI FINANZA NEL CONTRASTO AI TRAFFICANTI DI MIGRANTI NEL MEDITERRANEO *

*Amedeo Antonucci ** , Pasquale Caiazza *** e Marco Fantinato *****

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le operazioni aeronavali della Guardia di Finanza in acque internazionali e l'utilizzo degli strumenti giuridici offerti dal diritto internazionale per la risoluzione delle problematiche operative di polizia nel contrasto ai trafficanti di migranti. – 3. Caso “Cemil Pamuk” – Diritto di visita, presenza costruttiva e diritto di inseguimento – Nave priva di nazionalità. – 3.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro del peschereccio Cemil Pamuk. – 3.B. Gli istituti di diritto internazionale utilizzati: inchiesta di bandiera e diritto di visita; nave priva di nazionalità. – 3.C. La condanna dei trafficanti. – 4. Caso “Zora” – Nave con bandiera di convenienza. – 4.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro della imbarcazione a vela falsamente denominata Zora. – 4.B. Gli istituti di diritto internazionale applicati nel caso Zora: nave con bandiera di convenienza. – 4.C. La condanna dei trafficanti. – 5. Caso “Monica” – Autorizzazione dello Stato di bandiera ad ispezionare una propria nave in alto mare. – 5.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro della nave Monica; l'autorizzazione dello Stato di bandiera. – 5.B. L'autorizzazione dello Stato di bandiera ad ispezionare una propria nave in alto mare. – 6. Caso “Never More” – Nave madre priva di nazionalità. – 6.A. L'operazione aeronavale “Never More” ed il sequestro del peschereccio utilizzato quale “nave madre” priva di nazionalità. – 6.B. Le conferme giurisprudenziali. – 7. Caso “Sheri” – Un chiaro esempio di legittima applicazione della presenza costruttiva e del diritto di inseguimento, iniziato nella zona contigua. – 7.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro dell'imbarcazione a vela Sheri. – 7.B. La legittimità confermata dalla sentenza n. 29182 del 21 luglio 2011 della Corte di Cassazione. – 8. Caso “Tusa” – Reato di danneggiamento di attrezzature di navigazione in alto mare. – 8.A. L'operazione aeronavale con il sequestro dell'imbarcazione Tusa. – 8.B. L'applicazione della Convenzione per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marit-

* Le valutazioni e le opinioni espresse nel testo sono esclusivamente attribuibili agli Autori e non coinvolgono quindi in nessun modo alcuna istituzione governativa.

** Colonnello della Guardia di Finanza.

*** Capitano della Guardia di Finanza.

**** Capitano della Guardia di Finanza.

tima. – 9. Sulla “zona contigua”. – 9.A. La normativa interna ed internazionale sulla zona contigua. – 9.B. Sentenza n. 32960 in data 5 maggio 2010 della Corte di Cassazione, sul fermo della nave Cengizhan, battente bandiera turca. – 9.C. Sentenza n. 42 del 7 giugno 2012, depositata il 21 giugno 2012, del Giudice di Pace di Alessano. – 10. Caso “Deep Sea” – Il “frammento essenziale” del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, reato a condotta libera e commissione anticipata. – 10.A. Il frammento essenziale e la sussistenza della giurisdizione penale italiana. – 11. Le operazioni aeronavali internazionali promosse dall’agenzia europea Frontex: regole di ingaggio in mare ed aspetti di rilevanza internazionale. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa*

La Guardia di Finanza è uno speciale Corpo di Polizia che dipende direttamente dal Ministro dell’Economia e delle Finanze; è organizzato militarmente, fa parte integrante delle Forze Armate dello Stato italiano e della Forza Pubblica e svolge la missione prioritaria quale Forza di polizia a competenza generale su tutta la materia economica e finanziaria.

In particolare, la Guardia di Finanza riveste un ruolo esclusivo, normativamente previsto, quale polizia economica e finanziaria in mare¹; per tale motivo il Corpo, potendo disporre della più consistente flotta aeronavale di polizia in Italia, conduce anche sul mare ogni tipo di operazione a contrasto di qualsiasi traffico illecito. Questa attività è parte integrante dell’azione di prevenzione e repressione svolta dai Reparti territoriali del Corpo, diffusi su tutto il territorio nazionale, anche in virtù delle qualifiche di polizia giudiziaria e di polizia tributaria proprie ed esclusive dei finanzieri.

Anche oltre confine, la Guardia di Finanza è impegnata nella tutela degli interessi nazionali e comunitari, costituendo punto di contatto e di coordinamento per le operazioni di cooperazione internazionale.

Sin dal 2006, il Corpo della Guardia di Finanza coordina – partecipandovi attivamente – le principali operazioni aeronavali internazionali nel Mediterraneo, condotte con prioritarie finalità di polizia, sia in cooperazione con organismi esteri, sia sotto l’egida dell’Agenzia Europea Frontex (es: operazioni Nautilus, Poseidon, Hermes, Aeneas, Hera, Triton, ecc.)²; più di recente, per le operazioni internazionali Aeneas, Hermes e Triton (quest’ultima ancora in corso), per il contrasto ai trafficanti di migranti nel Mediterraneo, la Guardia di Finan-

¹ Decreto legislativo 19 marzo 2001, n. 68, “Adeguamento dei compiti del Corpo della Guardia di Finanza, a norma dell’art. 4 della legge 31 marzo 2000, n. 78”.

² Cfr. “Frontex promotes, coordinates and develops European border management in line with the EU fundamental rights charter applying the concept of integrated Border Management”, disponibile al sito <http://frontex.europa.eu>.

za ha continuato a svolgere le funzioni di coordinamento di tutti gli assetti aeronavali italiani e comunitari impiegati, attraverso il Centro di Coordinamento Internazionale (I.C.C.), collocato presso il Comando Operativo Aeronavale della Guardia di Finanza di Pomezia, ed i Centri Locali di Coordinamento (L.C.C.) presso i Gruppi Aeronavali della Guardia di Finanza di Taranto e Messina, nonché a Lampedusa.

2. Le operazioni aeronavali della Guardia di Finanza in acque internazionali e l'utilizzo degli strumenti giuridici offerti dal diritto internazionale per la risoluzione delle problematiche operative di polizia nel contrasto ai trafficanti di migranti

L'approccio operativo della Guardia di Finanza rispetto ai fenomeni migratori nel Mediterraneo, coerentemente con i compiti istituzionali affidati al Corpo, è sempre stato caratterizzato dalla necessità di contemperare in ciascuna operazione aeronavale – laddove possibile – le finalità di:

- salvaguardia della vita umana in mare;
- cattura dei trafficanti e/o degli scafisti³;
- acquisizione degli elementi di prova per l'avvio di successive indagini di polizia giudiziaria sulle organizzazioni criminali di trafficanti di migranti, con possibili approfondimenti di natura economica e finanziaria collegati anche al carattere transnazionale del fenomeno illecito e delle organizzazioni criminali coinvolte.

La necessità di dover avviare e concludere attività di polizia giudiziaria in mare presuppone la possibilità di utilizzare pertinenti poteri di controllo anche fuori dalle acque territoriali, interferendo sulla libertà di navigazione in alto mare: si tende quindi ad estendere la giurisdizione dello Stato italiano in questi spazi extraterritoriali (c.d. *creeping jurisdiction*) – ampliando la portata delle norme vigenti – per fronteggiare più efficacemente le organizzazioni criminali transnazionali che, adeguandosi a loro volta all'azione repressiva della Guardia di Finanza in mare, modificano di continuo le condotte illecite ed il proprio *modus operandi*, con l'evidente scopo di tentare di ricavarci spazi di impunità.

La condotta di complesse operazioni aeronavali di polizia nel rispetto del principio di legalità, sempre con la priorità assoluta rivolta alla salvaguardia delle persone, pone gli operanti di fronte a problematiche e questioni particolarmente complesse, variegate e variabili, per risolvere le quali non possono che essere applicati – con coraggio – gli strumenti attualmente offerti dal diritto inter-

³ Non sempre gli scafisti fermati a bordo di imbarcazioni con migranti possono ritenersi appartenenti alle organizzazioni criminali dei trafficanti; da qui la possibile differenza tra i due termini.

nazionale, che risultano spesso determinanti (ma talvolta, purtroppo, insufficienti o inadeguati) per un positivo esito delle operazioni di polizia.

L'individuazione degli istituti più appropriati da applicare al singolo caso, la trasformazione dei concetti giuridici – espressi o sottesi alle norme che li disciplinano – in ordini operativi, la concreta attuazione in mare degli ordini operativi emanati nei termini indicati dalle norme – sempre salvaguardando la sicurezza dei migranti e sovente in contesti e condizioni meteorologiche molto difficili –, presuppongono necessariamente una profonda conoscenza delle norme vigenti e delle procedure operative.

Ecco, quindi, che le principali operazioni aeronavali della Guardia di Finanza, sfruttando in modo anche innovativo gli strumenti giuridici offerti dal diritto internazionale e dal diritto interno, interpretandoli in maniera evolutiva e trovando altresì successiva conferma di legittimità nelle relative pronunce giurisprudenziali, costituiscono stimolo per il legislatore e spunto di riflessione per la dottrina verso una costante evoluzione ed un moderno aggiornamento degli istituti in argomento, ovvero per la ricerca e l'individuazione di altri più attuali, per adeguarne la portata e l'efficacia alle mutevoli condizioni operative e di contesto.

Si può citare, ad esempio, il caso dell'operazione aeronavale che, nel lontano agosto del 2001, ha portato le unità della Guardia di Finanza al sequestro del peschereccio *Cemil Pamuk*⁴, utilizzato quale “nave madre priva di nazionalità” per il trasporto di migranti provenienti dalla Turchia, fermato in alto mare ad oltre 150 miglia nautiche al largo delle coste calabresi del Mar Ionio.

La sentenza di condanna degli scafisti turchi, oggetto di approfondimento da parte di importante dottrina, è ormai considerata consolidata giurisprudenza di riferimento, citata anche dalla Direzione Nazionale Antimafia nel recente documento “Associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento”⁵.

Già in questa circostanza, lontana nel tempo, si poneva il problema di esercitare legittimamente poteri di polizia in acque internazionali, al fine di catturare gli scafisti in fuga dopo il trasbordo e l'abbandono dei migranti; necessità, quindi, di utilizzare gli strumenti del diritto internazionale per estendere legittimamente la giurisdizione penale italiana in alto mare, nell'ambito di una operazione aeronavale con finalità – anche – di polizia.

Il testo che segue si propone di raccontare ed analizzare, sinteticamente, alcune recenti e rilevanti operazioni aeronavali della Guardia di Finanza nel Mediterraneo, a contrasto dei trafficanti di migranti, proprio per evidenziare il rap-

⁴ Cfr. *infra*, punto 3.

⁵ Doc. n. 24 in allegato al presente volume.

porto tra le diverse e complesse questioni operative che si sono poste, gli strumenti del diritto utilizzati per risolverle, le modalità per trasformare le previsioni e prescrizioni normative in pratica operativa funzionale alle finalità di polizia, nonché per sottolinearne taluni aspetti di particolare rilievo giuridico-operativo che, supportati da qualificata ed autorevole giurisprudenza, offrono rilevanti spunti di riflessione per valutare l'evoluzione della normativa di riferimento e degli strumenti giuridici utilizzati dalla Guardia di Finanza per concretizzare gli interventi repressivi nei confronti dei trafficanti di migranti in alto mare.

3. Caso "Cemil Pamuk" – Diritto di visita, presenza costruttiva e diritto di inseguimento – Nave priva di nazionalità

L'operazione aeronavale *Cemil Pamuk*, diretta nel lontano 2001 dal Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto, probabilmente costituisce il primo concreto esempio di applicazione degli istituti offerti dal diritto internazionale per contrastare i trafficanti di migranti nel Mediterraneo, in alto mare, e catturare un peschereccio ritenuto "privo di nazionalità", attraverso un innovativo e coraggioso esercizio del "diritto di visita", della "presenza costruttiva" e del "diritto di inseguimento".

L'esemplare sentenza di condanna dei responsabili, emessa in primo grado dal Tribunale di Crotona, confermata in appello, è stata pubblicata sulla Rivista di Diritto Internazionale⁶, mentre il caso è stato trattato in pubblicazioni di diritto internazionale del mare⁷ e viene espressamente citato nel richiamato documento della Direzione Nazionale Antimafia⁸, quale esempio di giurisprudenza consolidata in materia.

3.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro del peschereccio Cemil Pamuk

Nella mattinata del 26 agosto 2001, un aereo *P. 166/DL3* del Gruppo Esplorazione Aeromare della Guardia di Finanza di Pratica di Mare, durante una ricognizione nel Mar Ionio, individuava due pescherecci entrambi con numerose persone in coperta, ad oltre 100 miglia al largo di Crotona, distanziati 4/5 miglia uno dall'altro, verosimilmente diretti verso le coste calabre del crotonese.

Circa tre ore dopo le due imbarcazioni – nel frattempo monitorate senza soluzione di continuità dall'aereo e dal Guardacoste *G. 105 Ballali* del Gruppo

⁶ Cfr. *Rivista di Diritto Internazionale*, 2001, p. 1155 ss.

⁷ ANGELONI & SENESE, *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, Bari, 2005, p. 84; SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002, p. 271.

⁸ V. *supra*, nota 5.

Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto – si fermavano e si affiancavano, iniziando il trasbordo dei migranti su uno dei due pescherecci.

Terminato il trasbordo, il peschereccio con i migranti ripartiva dirigendo verso le coste italiane, mentre l'altro restava fermo; il Comandante del *G. 105 Ballali* continuava a monitorare il peschereccio fermo, verosimilmente con a bordo i trafficanti pronti alla fuga, secondo un *modus operandi* già noto alla Guardia di Finanza, mentre sul natante con i migranti – per prestare loro soccorso – venivano dirottate una unità del Corpo, partita da Roccella Jonica, ed una unità della Capitaneria di Porto.

Il peschereccio fermo, assicuratosi che l'altro con i migranti procedeva inequivocabilmente verso le coste calabresi, riprendeva quindi la navigazione in allontanamento dalle coste nazionali, sempre costantemente monitorato dal Guardacoste *G. 105 Ballali*.



Le posizioni nell'operazione *Cemil Pamuk*

Alle 19.20 circa (10 ore dopo il primo avvistamento), ancora in acque internazionali a circa 20 miglia dalla costa italiana, il peschereccio diretto verso la Calabria veniva raggiunto dalle due unità della Guardia di Finanza e della Capitaneria di Porto, che prestavano immediato soccorso ai migranti, e condotto nel porto di Crotone; a bordo c'erano complessivamente 353 persone e nessun membro di equipaggio, tutti fuggiti a bordo dell'altro natante.

Intanto, il Comandante del Guardacoste *G. 105 Ballali* raggiungeva l'altra imbarcazione, sino ad allora ininterrottamente monitorata, ed eseguiva una "inchiesta di bandiera" con l'obiettivo di identificare il peschereccio ed il suo equipaggio.

Sotto un profilo procedurale, si rendeva necessario anticipare il controllo in alto mare anche per evitare un eccessivo allontanamento dei trafficanti, che avrebbe potuto compromettere la possibilità di un intervento repressivo nei loro confronti, in applicazione dell'art. 111 della Convenzione delle Nazioni Unite

sul diritto del mare⁹ (Montego Bay, 1982) (CNUDM)¹⁰, al concretizzarsi del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel momento dell'ingresso dell'altro peschereccio nelle acque territoriali¹¹, presupposto indicato dalla norma per legittimare l'intervento sulla "nave madre".



Il peschereccio *Cemil Pamuk*, privo di nominativo e di bandiera

Dal controllo visivo, tuttavia, il peschereccio risultava non esporre alcun nominativo né tantomeno compartimento di iscrizione o bandiera; pertanto, in conformità all'art. 110 CNUDM, il Comandante del Guardacoste *G. 105 Ballali* intimava, con le modalità previste, l'alt al peschereccio.

Anche la visita a bordo non consentiva di individuare il nominativo e la na-

⁹ Legge 2 dicembre 1994, n. 689, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atti finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, nonché dell'accordo di applicazione della parte XI della convenzione stessa, con allegati, fatto a New York il 29 luglio 1994"; doc. n. 1 in allegato al presente volume.

¹⁰ Art. 111, CNUDM: "1. (...) L'inseguimento deve iniziare quando la nave straniera o una delle sue lance si trova nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche, nel mare territoriale, oppure nella zona contigua dello Stato che mette in atto l'inseguimento, e può continuare oltre il mare territoriale o la zona contigua solo se non è stato interrotto. (...). 4. L'inseguimento non si considera iniziato se non dopo che la nave che insegue abbia raggiunto con ogni mezzo disponibile la certezza che la nave inseguita o una delle sue lance o altre imbarcazioni, che lavorino congiuntamente alla nave inseguita utilizzata come nave madre, si trovino all'interno del mare territoriale, della zona contigua, della zona economica esclusiva o al di sopra della piattaforma continentale. (...)".

¹¹ A testimonianza delle vere difficoltà che spesso si devono affrontare per risolvere – in tempi anche rapidi – la complessa dicotomia tra la rigidità degli schemi delle norme da applicare e le situazioni reali che si presentano operazione durante.

zionalità del peschereccio, né di identificare le 11 persone d'equipaggio, di presunta nazionalità turca, per l'assenza di documenti ufficiali sia dell'imbarcazione che dei trafficanti.

Inoltre si accertava che l'attrezzatura da pesca era ormai da tempo inutilizzata, che i locali sottocoperta erano stati sgomberati da ogni oggetto superfluo, essendo invece rilevate discrete quantità di rifiuti organici ed inorganici (tra cui numerose scatolette di cibo vuote), a conferma che l'imbarcazione era stata adibita al trasporto dei profughi prima, ed alla fuga degli equipaggi dopo.

Visto l'esito delle investigazioni a bordo, ritenendo quindi il peschereccio "privo di nazionalità", considerata l'attività illecita in precedenza posta in essere dalle persone trovate a bordo, il peschereccio veniva fermato e condotto nel porto di Crotona per ulteriori e più approfonditi controlli, benché esso si trovasse in acque internazionali e l'altro peschereccio con i migranti non avesse ancora raggiunto le acque territoriali italiane, come invece richiesto dal testo letterale della norma internazionale sopra richiamata¹².

Nel frattempo, all'arrivo nel porto di Crotona dell'altra imbarcazione, alcuni migranti avevano confermato di aver viaggiato in parte anche sull'altro peschereccio, di aver trasbordato in mare e di essere partiti dalla Turchia per sbarcare sulle coste italiane.

Sulla base dei riscontri investigativi di polizia, acquisiti dai finanziari in mare e sul territorio, entrambi i pescherecci venivano sottoposti a sequestro e gli undici presunti trafficanti arrestati per il reato di "favoreggiamento dell'immigrazione clandestina", di cui all'art. 12, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286¹³, in quanto colti nella flagranza di reato per illecita introduzione nel territorio dello Stato di 353 cittadini extra-comunitari di varie etnie.

¹² Cfr. *supra*, nota 10.

¹³ Art. 12, comma 3, del decreto legislativo n. 286/1998 e successive modifiche, "Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina": "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente Testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui: a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive"; doc. n. 20 in allegato al presente volume.

3.B. *Gli istituti di diritto internazionale utilizzati: inchiesta di bandiera e diritto di visita; nave priva di nazionalità*

L'inchiesta di bandiera consiste nell'attività di accertamento della nazionalità di una nave (e del suo nominativo), compiuta da una nave da guerra¹⁴, nell'ambito dei poteri riconosciuti dalla normativa internazionale per l'esercizio del diritto di visita¹⁵, che a sua volta si estrinseca nella facoltà attribuita alle navi militari di sottoporre a visita in alto mare una nave straniera, laddove sussistano ragionevoli e fondati motivi di sospetto che:

- a. la nave sia impegnata in atti di pirateria;
- b. la nave sia impegnata nella tratta degli schiavi;
- c. la nave sia impegnata in trasmissioni abusive e lo Stato di bandiera della nave da guerra goda dell'autorità di cui all'art. 109;
- d. la nave sia priva di nazionalità; oppure
- e. pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, la nave abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra.

Nell'esercizio del diritto di visita la nave militare può avvicinarsi alla nave sospetta, la quale non ha tuttavia l'obbligo di sostare per facilitare l'azione. Dopo che la nave straniera abbia mostrato la bandiera, si può procedere a visita nel caso in cui permangano dubbi sulla sua nazionalità; a tale fine, ordinato alla nave di fermarsi, la nave militare può inviare a bordo della nave un ufficiale, accompagnato dal personale ritenuto opportuno, con il compito di esaminare le carte ufficiali di bordo (atto di nazionalità, ruolo equipaggio, giornale nautico, ecc.) e di procedere ad ulteriori accertamenti.

Sorge quindi la necessità di individuare i criteri per verificare la nazionalità di una nave in navigazione in alto mare.

La nazionalità della nave designa un criterio di collegamento con l'ordinamento giuridico di un determinato Stato; essa pertanto costituisce una qualificazione giuridica del bene e comporta soggezione dello stesso alla sovranità di tale Stato.

Il diritto internazionale lascia liberi gli Stati di determinare i criteri di diritto interno necessari per l'attribuzione della nazionalità; infatti, l'art. 91 CNUDM impone soltanto – e genericamente – l'esistenza di un legame effettivo (cd.: "*genuine link*") fra la nave e lo Stato¹⁶.

¹⁴ Ovvero da una nave militare (definizione recentemente introdotta dall'art. 239, decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, Codice dell'ordinamento militare) o in servizio di Stato.

¹⁵ Art. 110, CNUDM; doc. n. 1 in allegato al presente volume.

¹⁶ Art. 91 CNUDM: "(...) Le navi hanno la nazionalità dello Stato di cui sono autorizzate a battere bandiera. Fra lo Stato e la nave deve esistere un legame effettivo (*genuine link*) (...) ed ogni Stato rilascia alle navi alle quali ha concesso il diritto di battere la sua bandiera, i relativi documenti".

Di norma uno Stato conferisce la nazionalità alla nave mediante l'iscrizione del nominativo in pubblici registri; tale atto è pertanto il presupposto in base al quale la nave viene autorizzata dallo Stato a battere la propria bandiera, alle condizioni stabilite dal medesimo, ed è al tempo stesso il presupposto in base al quale lo Stato di bandiera esercita, ovunque ed in maniera esclusiva, la giurisdizione civile e penale sulla nave stessa¹⁷.

Lo Stato, tuttavia, deve esercitare effettivamente la sua giurisdizione ed il suo controllo sulla nave sotto il profilo amministrativo, tecnico e sociale, adottando le misure ritenute necessarie; come imposto dall'art. 94, par. 4 CNUDM, tali misure includono le norme necessarie a garantire che:

a. ogni nave, prima dell'immatricolazione e dopo, a intervalli opportuni, sia ispezionata da un ispettore marittimo qualificato, e abbia a bordo le carte e le pubblicazioni nautiche, nonché la strumentazione e le apparecchiature atte a salvaguardare la sicurezza della navigazione;

b. ogni nave sia affidata ad un comandante e a ufficiali che posseggano i necessari titoli professionali, con particolare riferimento alla capacità marinaresca, alla condotta della navigazione, alle comunicazioni e all'ingegneria navale; e abbia un equipaggio adeguato, nel numero e nella specializzazione dei suoi componenti, al tipo, alle dimensioni, ai macchinari e alle apparecchiature della nave;

c. il comandante, gli ufficiali e, nella misura appropriata, i membri dell'equipaggio conoscano perfettamente e abbiano l'ordine di rispettare le pertinenti norme internazionali relative alla salvaguardia della vita umana in mare, alla prevenzione degli abbordi, ecc.

Infine, secondo il disposto dell'art. 92 CNUDM, una nave che navighi sotto la bandiera di due o più Stati, usandole come "bandiere di convenienza", non può reclamare alcuna nazionalità, sicché è assimilata ad una nave senza nazionalità (c.d.: "stateless")¹⁸.

Pertanto, la nazionalità delle navi deve risultare dalla bandiera e dal nominativo, come attestato dai documenti ufficiali obbligatoriamente tenuti a bordo, nonché della concreta attuazione delle prescrizioni di cui all'art. 94 CNUDM, effettivamente riscontrabili a bordo.

È principio consolidato del diritto internazionale quello in base al quale le navi prive di nazionalità (o che abbiano commesso gravi irregolarità occultando la propria nazionalità), non potendo invocare la protezione di alcuno Stato, sono soggette alla giurisdizione di tutti gli Stati.

In tal caso le navi militari di qualsiasi nazione possono pertanto, nell'ambito

¹⁷ Circa l'affermazione della giurisdizione esclusiva esercitata dallo Stato di bandiera, cfr. *infra*, punto 9.B. sul caso *Cengizban*.

¹⁸ È il caso del sequestro dell'imbarcazione a vela falsamente denominata *Zora*, su cui *infra*, punto 4.

dell'esercizio dei poteri connessi al diritto di visita, sottoporre – in alto mare – le navi prive di nazionalità ad inchiesta di bandiera, effettuare la visita a bordo ed eventualmente condurle anche con la forza in un porto nazionale per gli opportuni provvedimenti, applicando misure appropriate in accordo con le rilevanti norme di diritto interno ed internazionale¹⁹.

L'adozione di tali provvedimenti è naturalmente giustificata sia dalla mancanza di giurisdizione di altri Stati a bordo della nave priva di nazionalità, sia dall'interesse dello Stato che interviene a prevenire o reprimere la violazione di proprie leggi, attraverso attività in cui sia coinvolta la nave stessa.

Inquadrate giuridicamente la fattispecie astrattamente applicabile al caso, i finanziari si trovavano di fronte alla necessità di acquisire i necessari riscontri alle previsioni delle norme internazionali, per applicare legittimamente la giurisdizione penale italiana nei confronti dei trafficanti.

Sotto un profilo operativo, durante la visita eseguita a bordo, ai sensi dell'art. 110 CNUDM, il Comandante del Guardacoste *G. 105 Ballali* constatava:

- a. l'assenza di documenti ufficiali attestanti il nominativo e la bandiera del peschereccio;
- b. l'assenza di un elenco dell'equipaggio imbarcato;
- c. la presenza di undici persone di presunta nazionalità turca;
- d. l'impossibilità di individuare il comandante tra le persone presenti a bordo;
- e. l'assenza di carte nautiche dell'area interessata alla navigazione, nonché di altre pubblicazioni di bordo, compresi diari di navigazione o simili;
- f. l'evidente stato di abbandono dell'attrezzatura da pesca presente a bordo, segno inequivocabile che l'imbarcazione da tempo non era più adibita ad attività di pesca;
- g. l'esistenza di discrete quantità di rifiuti organici ed inorganici, testimonianza inequivocabile della presenza di numerose persone a bordo per più di un giorno.

Dal complesso degli elementi investigativi acquisiti si concludeva che:

- 1) il peschereccio doveva ritenersi oggettivamente privo di immatricolazione e di bandiera e, quindi, poteva legittimamente essere considerato nave senza nazionalità;
- 2) da tempo il peschereccio non era più impiegato in attività di pesca, per cui si poteva verosimilmente ipotizzare anche una cancellazione del nominativo del peschereccio dai registri di immatricolazione del proprio Stato;
- 3) i trafficanti (anch'essi privi di documenti personali) avevano verosimilmente utilizzato il peschereccio privo di nazionalità proprio per sfuggire ai controlli ed al fine di evitare l'identificazione e la segnalazione al paese di origine.

In considerazione degli elementi gravi, precisi e concordanti circa l'inequivo-

¹⁹ Principio consuetudinario, che in tempi successivi è stato recepito ed espressamente previsto in diverse normative interne ed internazionali.

cabile impiego del peschereccio esclusivamente nell'attività illecita, tenuto anche conto del fatto che i trafficanti avevano trasportato i migranti sin dalla partenza e successivamente trasbordato gli stessi sull'altro natante per poi sfuggire ai controlli, considerato che nel frattempo altre unità avevano raggiunto il peschereccio diretto verso le coste nazionali prestando immediatamente soccorso, ancorché in acque internazionali, il peschereccio con i trafficanti veniva fermato e condotto nel porto di Crotona per gli ulteriori successivi accertamenti di polizia, ritenendo pienamente e legittimamente applicabile il quadro normativo internazionale prima delineato.

Tutte le considerazioni sopra riportate venivano ulteriormente avvalorate da altri riscontri investigativi successivamente acquisiti a terra dai finanziari:

a. un'insegna dipinta rinvenuta sulla contropancia del peschereccio, recante la dicitura "Masallah CEMIL PAMUK" (trad.: "Allah protegga il Cemil Pamuk"), durante la navigazione era stata abilmente occultata, evidentemente al fine di impedire qualunque forma di identificazione del peschereccio e di collegamento con i trafficanti, anche da parte dei migranti trasportati; in ogni caso, per le motivazioni giuridico-operative sopra esposte, la sola insegna, comunque, non poteva essere ritenuta formalmente indicativa del nominativo del peschereccio;

b. la parte prodiera delle murate appariva riverniciata, per nascondere il nominativo ed impedirne l'identificazione;

c. l'attrezzatura da pesca era stata in precedenza già sigillata dalle autorità turche.

3.C. *La condanna dei trafficanti*

L'Autorità Giudiziaria di Crotona convalidava tutti gli atti di polizia giudiziaria redatti dalla Guardia di Finanza.

Gli undici trafficanti, tratti in arresto per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, venivano processati per direttissima e condannati, con una esemplare sentenza, dal Tribunale di Crotona²⁰.

Condividendo la legittimità dell'operato della Guardia di Finanza, il Giudice ha sostenuto che "per come si è svolta, infatti, l'operazione di p.g. del 26 agosto 2001, è indubbio il collegamento tra il trasbordo di extracomunitari dal primo al secondo motopeschereccio e il ruolo di coloro che sono stati trovati a bordo della prima imbarcazione, che dopo il trasbordo si è diretta in direzione opposta rispetto alle coste crotonesi. Non si può, dunque, non presumere che gli undici imputati abbiano diretto ed eseguito quel trasbordo perseguendo un interesse diverso da quello dei 353 clandestini il cui unico scopo era approdare in Italia".

²⁰ Sentenza del Tribunale di Crotona, del 12 settembre 2001, n. 1118, doc. n. 26 in allegato al presente volume.

Ancora, il Giudice ha affermato che “alla dichiarazione di colpevolezza degli imputati non ostante le due principali argomentazioni difensive”, in particolare:

– “quanto alle presunte violazioni del diritto internazionale poste in essere dalla p.g. operante (...) in ogni caso, va osservato che l'assenza di immatricolazione e di bandiera del motopeschereccio “visitato” dalla GdF e gli univoci elementi già evidenziati che potevano indurre la p.g. a sospettare il coinvolgimento dell'imbarcazione in un'attività criminosa rendono certamente applicabile al caso di specie il già menzionato art. 110 della Convenzione di Montego Bay”;

– “né può parlarsi di una carenza di giurisdizione dello Stato italiano, atteso che l'evento consequenziale alla condotta incriminata, costituito dall'ingresso dei clandestini nelle nostre acque territoriali, si è svolto nel territorio italiano, sicché gli imputati, ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 6 cod. pen.²¹, possono essere puniti secondo la legge italiana”²².

Di conseguenza, affermata la responsabilità penale e la legittimità dell'utilizzo degli strumenti di diritto internazionale per radicare la giurisdizione italiana al reato commesso in acque internazionali, gli undici trafficanti venivano condannati al massimo della pena edittale, ciascuno alla pena di anni otto di reclusione (dodici anni ridotti grazie al rito scelto) e di lire 7.060.000.000 (sette miliardi e sessanta milioni) di multa, riconducendo le “ragioni di tale rigore” – tra l'altro – ai seguenti aspetti:

– “le modalità particolarmente odiose e riprovevoli in cui si è svolta l'azione delittuosa; gli imputati, infatti, hanno trasportato 353 sventurati richiudendoli in spazi angusti”;

– la gravità del pericolo cagionato alle persone offese; i clandestini sono stati costretti a un frettoloso trasbordo in alto mare, caricati su una imbarcazione, spediti verso il territorio italiano”;

– “la ricorrenza di ben tre circostanze aggravanti (il fine di lucro, il numero dei soggetti attivi e dei soggetti passivi)”.

Anche in appello, la sentenza di condanna veniva confermata, seppur con una minima riduzione delle pene irrogate nei confronti degli undici trafficanti.

²¹ Art. 6, cod. pen.: “1. Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. 2. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione.”

²² Una intuizione giuridico-operativa che è stata di recente ripresa ed ampliata, attraverso l'applicazione del concetto di “frammento essenziale” del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; cfr. *infra*, punto 10, sul caso *Deep Sea*.

4. Caso “Zora” – Nave con bandiera di convenienza

Si tratta di una imbarcazione a vela utilizzata per il trasporto dei migranti sulle coste italiane, che navigava esponendo un nominativo, un compartimento di iscrizione ed una bandiera risultati falsi.

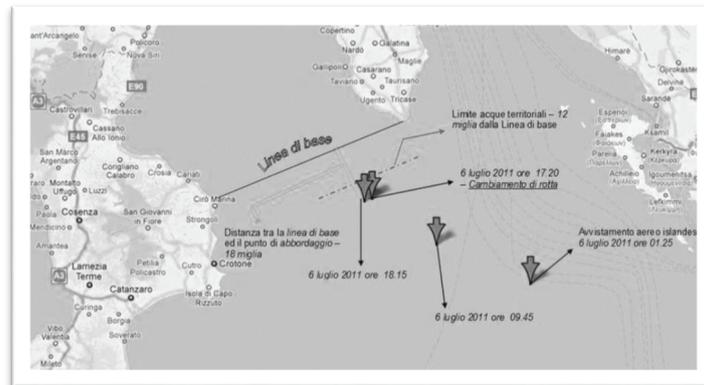
In tal caso, navigando con una bandiera di convenienza, l'imbarcazione è stata considerata nave priva di nazionalità.

4.A. L'operazione aeronavale ed il sequestro della imbarcazione a vela falsamente denominata Zora

Nella notte del 6 luglio 2011, un aereo islandese impiegato nell'ambito dell'Operazione Frontex “AENEAS 2011”²³ avvistava, circa 63 miglia a sud-est di Santa Maria di Leuca, una imbarcazione a vela in regolare navigazione con rotta diretta verso le coste italiane, verosimilmente con migranti a bordo.

L'imbarcazione recava a poppa il nominativo *Zora* ed il compartimento di iscrizione “Split” (Spalato) – entrambi scritti con caratteri apparentemente posticci e non uniformi –, ed esponeva la bandiera della Croazia.

Nel pomeriggio seguente, 26 miglia a sud ovest di Santa Maria di Leuca, in acque internazionali a circa 6 miglia oltre il limite esterno delle acque territoriali che delimitano il Golfo di Taranto²⁴, l'equipaggio di un elicottero della Guardia di Finanza – che stava monitorando l'andamento dell'imbarcazione a vela –, notava un improvviso arresto del moto.



Le posizioni nell'operazione *Zora*

²³ L'operazione internazionale “AENEAS 2011” è stata promossa dall'Agenzia Europea Frontex per il contrasto ai flussi migratori irregolari nel Mar Ionio, localmente coordinata dal Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto.

²⁴ Cfr. *infra*, nota 56.

Numerose persone salivano sul ponte di coperta della *Zora* e cercavano di richiamare l'attenzione dei finanzieri, richiedendo aiuto perché l'imbarcazione era stata lasciata alla deriva dai tre scafisti criminali responsabili dell'illecito traffico, i quali nel frattempo si stavano allontanando a bordo di un gommone.

Le unità navali della Guardia di Finanza raggiungevano e fermavano, in acque internazionali, il gommone con i tre presunti scafisti che stavano tentando la fuga, risultati poi essere di nazionalità ucraina, e contemporaneamente si avvicinavano alla *Zora* per mettere in salvo gli 89 migranti a bordo.



I migranti sulla *Zora*, soccorsi dai finanzieri

Al termine delle operazioni i tre scafisti ucraini venivano tratti in arresto per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e l'imbarcazione *Zora*, fermata in acque internazionali (peraltro all'interno della cd. "zona contigua", circostanza questa non rilevante nella fattispecie in argomento), sottoposta a sequestro.

I successivi accertamenti di polizia giudiziaria, condotti dalla Guardia di Finanza anche a bordo, confermavano i sospetti sulla reale nazionalità dell'imbarcazione a vela; nella perquisizione, infatti, venivano trovati solamente documenti comprovanti l'effettiva nazionalità della stessa, risultata essere di bandiera ucraina (invece che croata), con compartimento di iscrizione "Kherson" e nominativo "*Anika-52*".



Il falso nome *Zora* ed il falso compartimento *Split*

Le indagini confermavano che l'imbarcazione a vela aveva navigato con la bandiera ed il nominativo reali sino al centro dello Ionio, dove – in alto mare – gli scafisti avevano illecitamente cambiato bandiera e nominativo, per impedire eventuali identificazioni durante la traversata con a bordo i migranti.

4.B. *Gli istituti di diritto internazionale applicati nel caso Zora: nave con bandiera di convenienza*

La circostanza della falsa bandiera – diversa dalla effettiva nazionalità posseduta – utilizzata dai criminali, confermata dalle indagini di polizia giudiziaria condotte dalla Guardia di Finanza, ha quindi assunto rilievo giuridico-operativo di diritto interno ed internazionale.

Come detto, la nazionalità di una nave designa un criterio di collegamento con l'ordinamento giuridico di un determinato Stato e, pertanto, costituisce una qualificazione giuridica del bene e comporta soggezione dello stesso alla sovranità di tale Stato.

Secondo il disposto dell'art. 92 CNUDM, una nave non può cambiare bandiera durante una traversata o durante uno scalo in un porto, a meno che non si verifichi un effettivo trasferimento di proprietà o di immatricolazione; una nave che navighi sotto le bandiere di due o più Stati impiegandole secondo convenienza (cd. "bandiere di convenienza"), non può rivendicare alcuna delle nazionalità in questione nei confronti di altri Stati, sicché può essere assimilata ad una nave priva di nazionalità.

Il consolidato principio del diritto internazionale, in base al quale le navi prive di nazionalità, non potendo invocare la protezione di alcuno Stato, sono soggette alla giurisdizione di tutti gli Stati, già applicato al sequestro del *Cemil Pamuk*²⁵, è

²⁵ Cfr. *supra*, punto 3.

stato più di recente sancito – tra gli altri – dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (Palermo, 2000)²⁶; in particolare, l'art. 8, par. 7, testualmente recita: “Uno Stato parte che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare, e che questa è senza nazionalità, o può essere assimilata a una nave senza nazionalità, può fermare ed ispezionare la nave. Se il sospetto è confermato da prove, detto Stato parte prende misure opportune, conformemente al relativo diritto interno ed internazionale”.

Per effetto della vigente normativa interna ed internazionale, dunque, l'imbarcazione a vela “Zora/Anika-52” è stata considerata una “nave senza nazionalità”. Pertanto, anche se il fermo dell'imbarcazione è stato effettuato in acque internazionali, è risultata pienamente applicabile la legge penale italiana nei confronti dei tre scafisti ucraini²⁷, arrestati grazie allo strumento giuridico rappresentato dal concetto di “nave con bandiera di convenienza”.

4.C. La condanna dei trafficanti

La sentenza di condanna, emessa dal Tribunale di Lecce nei confronti di tre scafisti di nazionalità ucraina²⁸, ha confermato la piena legittimità degli strumenti di diritto internazionale utilizzati dalla Guardia di Finanza per l'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria in acque internazionali.

Afferma infatti il Giudice che “l'intervento era necessario atteso che l'imbarcazione era alla deriva col motore spento (...) ed essendosi, peraltro, in presenza di una nave sostanzialmente senza nazionalità, tenuto conto del fatto che la stessa batteva abusivamente una bandiera di uno stato diverso da quello di immatricolazione e recava illegittimamente i dati di un'altra imbarcazione, diversi da quelli propri del natante, ricavabili dalla documentazione di bordo”.

Pertanto “correttamente gli equipaggi (della Guardia di Finanza) intervenivano e ponevano in atto tutta l'attività di salvataggio e di polizia giudiziaria necessarie (...) in piena conformità al diritto internazionale ed a quello nazionale, certamente applicabile” alla fattispecie in argomento.

²⁶ Trattato reso esecutivo in Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146, doc. n. 6 in allegato al presente volume.

²⁷ Art. 7, comma 5, cod. pen., doc. n. 16 in allegato al presente volume.

²⁸ Sentenza del Tribunale di Lecce, dell'11 gennaio 2012, n. 20, doc. n. 27 in allegato al presente volume.

5. Caso “Monica” – Autorizzazione dello Stato di bandiera ad ispezionare una propria nave in alto mare

I due casi precedentemente esaminati hanno riguardato imbarcazioni rispettivamente “priva di bandiera” e con “bandiera di convenienza”, fermate in acque internazionali; ma cosa accade quando una nave con migranti a bordo inalbera regolarmente una bandiera di uno Stato sovrano?

È il caso del sequestro della nave *Monica*, battente bandiera dello Stato di “*Tonga*”, un piccolo regno insulare della Polinesia, nell’Oceano Pacifico.

5.A. L’operazione aeronavale ed il sequestro della nave *Monica*; l’autorizzazione dello Stato di bandiera

Nella notte del 17 marzo 2002, unità della Guardia di Finanza avvistavano la nave mercantile *Monica*, battente bandiera dello Stato di Tonga, in navigazione in acque internazionali al largo di Capo Passero (Sicilia), con numerosi migranti visibilmente a bordo.



Il mercantile *Monica* con 928 migranti a bordo

Il mercantile era stato in precedenza intercettato nel Mediterraneo orientale, in acque internazionali, da una fregata della marina militare francese; durante l’inchiesta di bandiera, il comandante della *Monica* aveva dichiarato di battere bandiera di Tonga e di dirigere verso Tunisi.

La nave *Monica*, con notevoli difficoltà a causa delle condizioni meteo-marine non favorevoli, veniva quindi fermata dalle unità della Guardia di Finanza e condotta nel porto di Catania; a bordo si trovavano complessivamente 928 migranti curdi e iracheni, tra i quali 361 bambini ed una donna incinta che partoriva sulla *Monica*, prima di essere salvata – con la neonata in ottime condizioni di salute – dai soccorritori.



Il mercantile *Monica* fermato dalle unità della Guardia di Finanza

Nel corso di successive indagini a terra, già avviate dai finanziari durante i controlli in mare, il comandante e 5 membri dell'equipaggio della *Monica* venivano identificati ed arrestati per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

5.B. *L'autorizzazione dello Stato di bandiera ad ispezionare una propria nave in alto mare*

Dopo l'inchiesta di bandiera effettuata dalla fregata della marina militare francese, le Autorità italiane venivano avvisate della presenza della nave *Monica*, con a bordo numerosi migranti, chiaramente diretta verso le coste italiane, a differenza di quanto dichiarato dal comandante.

La nave risultava inalberare regolarmente la bandiera dello Stato di Tonga, motivo per cui, in alto mare, non sarebbe stato consentito fermarla autonomamente per controlli di polizia.

Per tale motivo, le Autorità italiane avevano preventivamente e formalmente richiesto allo Stato di Tonga l'autorizzazione a fermare la nave *Monica*, anche in acque internazionali.

La procedura è ora espressamente prevista, in particolare, dal già richiamato Protocollo addizionale di Palermo, all'art. 8, par. 2, per il quale "uno Stato Par-

te che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave, che esercita la libertà di navigazione in conformità al diritto internazionale e che batte bandiera o che esibisce i timbri d'immatricolazione al registro di un altro Stato Parte, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, può informare di ciò lo Stato di bandiera, chiedere conferma dell'iscrizione sul registro e, se confermata, chiedere l'autorizzazione a detto Stato a prendere misure opportune in relazione a tale nave. Lo Stato di bandiera può autorizzare lo Stato richiedente, tra le altre misure, a:

- (a) fermare la nave;
- (b) ispezionare la nave; e
- (c) se vengono rinvenute prove che la nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare, prendere le misure opportune in relazione alla nave, alle persone e al carico a bordo, come da autorizzazione da parte dello Stato di bandiera".

Ed in effetti, in risposta alle richieste italiane, le Autorità dello Stato di Tonga, visto il coinvolgimento della nave battente la propria bandiera in un traffico internazionale di migranti, autorizzavano formalmente le Autorità italiane ad esercitare – in alto mare – poteri coercitivi nei confronti della nave *Monica*, precisando – tra l'altro – che "The Ministry wishes to inform that (...) the authorization to board by the Italian Authorities, for the purpose of preventing the alleged activity of trafficking of illegal immigrants, is hereby approved".

6. Caso "Never More" – Nave madre priva di nazionalità

Dodici anni dopo, alle unità della Guardia di Finanza si è ripresentato un caso sostanzialmente analogo a quello del *Cemil Pamuk*.

Utilizzando gli istituti già applicati – alcuni dei quali, nel frattempo, espressamente recepiti in provvedimenti normativi – le unità hanno fermato e sequestrato un peschereccio privo di nazionalità, prima impiegato quale nave madre e poi utilizzato dai trafficanti per tentare di sfuggire alla cattura in alto mare.

6.A. L'operazione aeronavale "Never More" ed il sequestro del peschereccio utilizzato quale "nave madre" priva di nazionalità

Il 12 ottobre 2013, l'aereo portoghese impiegato nell'ambito dell'Operazione Frontex "AENEAS 2013"²⁹, coordinata dal Comando Operativo Aeronavale della Guardia di Finanza di Pomezia, intercettava un peschereccio con migranti a bordo che trainava una imbarcazione più piccola, vuota.

²⁹ Anche l'operazione internazionale "AENEAS 2013" riguardava il contrasto ai flussi migratori clandestini nel Mar Ionio ed era localmente coordinata dal Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto.



Le fasi del rimorchio e dell'affiancamento, con il trasbordo dei migranti

Seguendo un *modus operandi* già adottato dalle organizzazioni criminali, il peschereccio “nave madre” non esponeva alcuna bandiera né segni distintivi esterni, con il preciso scopo di sottrarsi ad ogni possibile forma di identificazione dall’alto e/o da lontano; a circa 250 miglia dalle coste calabre, i trafficanti iniziavano a trasferire i migranti dal peschereccio utilizzato quale “nave madre” all’imbarcazione più piccola, che sarebbe stata indirizzata verso le coste nazionali, verosimilmente condotta da migranti stessi, privi delle conoscenze marinaresche minime e, pertanto, esposti ad ulteriori pericoli per la loro incolumità.

Successivamente, la “nave madre” invertiva la propria rotta e iniziava ad allontanarsi dirigendo verso le coste del nord Africa, mentre l’imbarcazione con i migranti a bordo procedeva verso le coste italiane.



L'avvistamento del convoglio, ad oltre 250 miglia nautiche dalle coste italiane

Intervenivano quindi le unità navali della Guardia di Finanza che fermavano il peschereccio “nave madre” con i trafficanti in fuga e soccorrevano i 226 migranti stipati sull’altra imbarcazione, entrambi in acque internazionali.

In particolare, il Pattugliatore *P. 03 Denaro* del Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto, raggiunto il peschereccio “nave madre”, utilizzava gli istituti della “inchiesta di bandiera” e del “diritto di visita”, ai sensi dell’art. 110 CNUDM, per effettuare il controllo a bordo del peschereccio, in acque internazionali.



Il Pattugliatore della Guardia di Finanza *P. 03 Denaro*, subito dopo il fermo del peschereccio “nave madre”

Durante la visita a bordo non veniva rinvenuta alcuna documentazione attestante la nazionalità ed il nominativo del peschereccio, che veniva ritenuto “privo di nazionalità”; i 17 trafficanti di presunta nazionalità egiziana venivano posti in stato di fermo e successivamente arrestati all’arrivo nel porto di Reggio Calabria, per favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.

Nel frattempo, sempre in acque internazionali, le altre unità della Guardia di Finanza soccorrevano i migranti a bordo del peschereccio più piccolo, dove gli stessi erano stati obbligati a trasbordare dai trafficanti.



Le unità della Guardia di Finanza soccorrono i migranti

6.B. *Le conferme giurisprudenziali*

Nella sentenza di condanna degli scafisti per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, emessa dal Tribunale di Reggio Calabria³⁰, il Giudice ha – tra l'altro – precisato che la questione della giurisdizione penale dello Stato italiano era stata risolta già in sede di convalida degli arresti dei trafficanti, richiamando le motivazioni normative espresse in tale atto, integralmente condivise.

L'Autorità Giudiziaria, esaminando la fattispecie con riguardo al “problema se lo Stato italiano possa giuridicamente agire, esercitando poteri coercitivi, di fronte a condotte illecite accertate in uno spazio diverso da quello territoriale”, ha confermato la piena legittimità dell'intervento di polizia in acque internazionale sul peschereccio “privo di nazionalità”.

Anche nel caso specifico rilevano, in particolare, l'art. 91 CNUDM e l'art. 8, par. 7, del già richiamato Protocollo alla Convenzione di Palermo, per il quale “uno Stato Parte che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare e che questa è senza nazionalità, o può essere assimilata ad una nave senza nazionalità, può fermare e ispezionare la nave. Se il sospetto è confermato da prove, detto Stato Parte prende misure opportune, conformemente al relativo diritto interno ed internazionale”³¹.

³⁰ Sentenza del Tribunale di Reggio Calabria, del 16 maggio 2014, n. 223, doc. n. 33 in allegato al presente volume.

³¹ Va ricordato che al tempo del caso del *Cemil Pamuk*, il Protocollo alla Convenzione di Palermo ancora non era stato ratificato dall'Italia.

Nella fattispecie, quindi, “il principio di territorialità³² ha trovato piena applicazione senza alcuna limitazione e secondo le forme dell’ordinamento interno dello Stato italiano, per le ipotesi di imbarcazioni senza bandiera” (...) “legittimando, pertanto, l’esercizio di poteri coercitivi penali di fermo, ispezione e sequestro della nave, da parte degli Stati che sono interessati alla repressione dei crimini commessi dai componenti dell’equipaggio della nave medesima”.

La giurisdizione penale dello Stato è quindi applicabile in ragione del dettato dell’art. 7 del cod. pen. italiano, che – in tema di reati commessi in territorio straniero – indica espressamente quelli per i quali “(...) convenzioni internazionali stabiliscono l’applicabilità della legge penale italiana”.

Al fine di radicare la giurisdizione dello Stato Parte, in deroga al principio generale, è sufficiente che il reato associativo sia stato perpetrato all’estero “al fine di” (e dunque anche qualora la condotta si arresti allo stadio del tentativo) commettere un reato nel territorio dello Stato.

Risulta inoltre indubbio che il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina incrimina la condotta di chi favorisce l’ingresso nel territorio dello Stato italiano in violazione delle disposizioni in materia, ponendo in essere “atti diretti a procurare” tale ingresso, venendo pertanto in rilievo un reato di “pericolo” o “a consumazione anticipata”, per la cui configurazione “è del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo”³³.

Infine, il Giudice ha ritenuto che l’aver approntato i mezzi per il trasporto via terra e via mare, organizzando e curando direttamente il viaggio di ben 226 migranti, assumendo altresì il ruolo di scafisti a bordo dell’imbarcazione principale che ha condotto i migranti in prossimità delle coste italiane, abbia integrato senz’altro la soglia degli atti idonei diretti a procurare l’ingresso dei cittadini stranieri nel territorio nazionale.

Anche l’operazione *Never More*, unitamente ad altre analoghe condotte dalla Guardia di Finanza nello stesso periodo, ha indotto la Direzione Nazionale Antimafia a produrre il documento di cui al precedente punto 2³⁴, allo scopo di fornire alle Procure Distrettuali – e quindi agli organi di polizia giudiziaria operanti – omogenee linee operative e di indirizzo per la possibile soluzione dei problemi di giurisdizione penale e intervento cautelare, nei casi di navigli operanti in alto mare ed utilizzati per il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, con particolare riguardo all’intervento dispiegabile dalle unità aeronavali in acque internazionali nel-

³² V. *supra*, nota 21.

³³ Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, del 16 giugno 2011, n. 27106. Si veda, inoltre, la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, del 23 settembre 2008, n. 38159, secondo cui “il delitto consistente nel compiere atti diretti a procurare l’ingresso illegale di una persona in altro Stato ha natura di reato di pericolo o a consumazione anticipata e si perfeziona per il solo fatto che siano compiuti atti diretti a favorire l’ingresso, a prescindere dall’effettività, durata e finalità dell’ingresso medesimo, in quest’ultima incluso il mero transito con destinazione finale il Paese di origine della persona stessa”.

³⁴ Doc. n. 24 in allegato al presente volume.

le diverse circostanze accertabili a carico delle organizzazioni criminali coinvolte.

Ulteriormente confermando – anche se indirettamente – la piena legittimità delle metodiche operative utilizzate nelle operazioni aeronavali in argomento, la Direzione Nazionale Antimafia evidenzia che un'interpretazione coordinata delle norme del diritto internazionale pattizio, orientata al principio di diritto internazionale generale di salvaguardia dei diritti umani fondamentali e, dunque, funzionale a dare significato all'art. 8, par. 7, del Protocollo alla Convenzione di Palermo, impone di ritenere che uniche contromisure efficaci al fine di contrastare un'attività organizzata, dedita a un “massiccio e seriale traffico internazionale di migranti e adusa a mettere spregiudicatamente a repentaglio la vita di intere moltitudini di persone”, non possano che essere anche quelle consistenti nel bloccare i mezzi strumentali e le compagini soggettive attraverso le quali il suddetto “traffico” si concreta, in virtù di strumenti coercitivi contemplati dal diritto interno e dal diritto internazionale (dirottamento, fermo e arresto).

Per tali motivi, specialmente alla luce di tale strumento pattizio, devono ritenersi pienamente legittimi – sino a diversa valutazione degli organi di giurisdizione – i poteri di coercizione esercitati dallo Stato italiano; poteri, questi, già da tempo concretamente ed efficacemente utilizzati nelle operazioni aeronavali della Guardia di Finanza.

In definitiva, afferma la Direzione Nazionale Antimafia, una lettura sistematica delle convenzioni internazionali vigenti consente, complessivamente, di ritenere che siano state tipizzate in diritto internazionale, secondo una tecnica di progressivo ampliamento delle fattispecie, le possibili forme di abuso del diritto e del relativo principio di libertà nell'utilizzo dell'alto mare.

Nei casi in questione, dunque, l'adozione dei provvedimenti di sequestro previsti dal codice di procedura penale italiano, costituisce la naturale conseguenza dell'attribuzione della relativa giurisdizione penale.

7. Caso “Sheri” – Un chiaro esempio di legittima applicazione della presenza costruttiva e del diritto di inseguimento, iniziato nella zona contigua

Il caso riguarda l'arresto di due trafficanti fermati in acque internazionali sull'imbarcazione a vela *Sheri*, battente bandiera turca, dopo aver sbarcato sul territorio italiano 51 migranti.

In merito la Cassazione³⁵, pronunciandosi sul ricorso avverso l'ordinanza di custodia cautelare proposto da un trafficante, ha chiaramente affermato che “nel caso di violazione delle leggi sull'immigrazione, l'art. 33 CNUDM³⁶, ratificata con legge 2 dicembre 1994, n. 689, consente allo Stato costiero di esercitare il

³⁵ Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I penale, del 18 marzo 2011, n. 29182. Cfr. *infra*, punto 7.B, doc. n. 37 in allegato al presente volume.

³⁶ Art. 33, Convenzione di Montego Bay. Cfr. *infra*, nota 46, doc. n. 1 in allegato al presente volume.

controllo sulla zona contigua fino ad un massimo di 24 miglia dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale, con la conseguenza che deve ritenersi legittimo, ai sensi dell'art. 111 della medesima Convenzione, l'inseguimento di un natante che effettui trasporto clandestino di extracomunitari, iniziato entro le 24 miglia e proseguito in acque internazionali.

La Sentenza in argomento rileva anche perché posteriore e sostanzialmente contraria alla controversa pronuncia della Cassazione n. 32960 del 5 maggio 2010, relativa al caso della nave turca *Cengizhan*, approfondita al successivo punto 9.B.

7.A. *L'operazione aeronavale ed il sequestro dell'imbarcazione a vela Sheri*

Durante la notte del 24 agosto 2010, una unità del Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto individuava in acque internazionali, a circa 20 miglia dalle coste calabresi, l'imbarcazione a vela *Sheri* battente bandiera della Turchia, presumibilmente coinvolta in un traffico internazionale di migranti.

Giunti in prossimità della costa, i trafficanti facevano rapidamente sbarcare i migranti e riprendevano subito il largo, pensando di poter sfuggire ai controlli.

A terra venivano successivamente rintracciati e soccorsi 51 migranti, i quali confermavano di aver viaggiato, diretti verso l'Italia, sulla barca a vela *Sheri*, nel frattempo fermata in acque internazionali a circa 30 miglia dalla costa italiana e sequestrata dalle unità della Guardia di Finanza: a bordo si trovavano due trafficanti che venivano arrestati per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.



La *Sheri*, dopo la confisca, è stata consegnata ad una scuola calabrese, per l'attività didattica, dal Reparto Operativo Aeronavale della Guardia di Finanza di Vibo Valentia.

7.B. *La legittimità confermata dalla sentenza n. 29182 del 21 luglio 2011 della Corte di Cassazione*

Uno dei trafficanti ricorreva per Cassazione avverso l'ordinanza di custodia cautelare, deducendo due motivi.

Con il primo motivo si sosteneva che l'inseguimento dell'imbarcazione ed il conseguente arresto dei suoi conducenti fossero avvenuti fuori dalle acque territoriali, oltre le 12 miglia dalla costa italiana, senza che la "rincorsa" fosse iniziata all'interno di esse, tenuto anche conto che l'Italia non avrebbe istituito la più ampia zona contigua, estesa 24 miglia.

Al riguardo la Suprema Corte, ritenendo tale motivo inammissibile in quanto generico, ha affermato che non vi erano elementi specifici per sostenere che l'inseguimento da parte delle unità della Guardia di Finanza fosse cominciato al di fuori delle acque territoriali, in tal caso in violazione dell'art. 111 CNUDM.

Viceversa, ha ribadito che in virtù della corretta e legittima applicazione da parte dei finanziari del richiamato art. 111, le fasi di ombreggiamento, inseguimento e successivo arresto erano state condotte senza soluzione di continuità, nel pieno rispetto della normativa internazionale richiamata.

Ha sottolineato quindi la Cassazione che "proprio in base alla Convenzione citata dal ricorrente, lo Stato costiero, nel caso di violazione delle proprie leggi in materia di immigrazione, può esercitare il controllo nella zona contigua" e che entro il raggio di 24 miglia l'inseguimento "era consentito dalla violazione delle norme nazionali in materia di immigrazione clandestina"³⁷.

Anticipando le considerazioni più ampiamente espresse al successivo punto 9, anche la decisione della Cassazione, senza fare menzione alcuna del quadro normativo nazionale in materia di zona contigua, pare voler comunque riconoscere l'esistenza di tale zona qualificandola come uno spazio di mare funzionale, all'interno del quale lo Stato italiano può esercitare pienamente i suoi poteri di controllo – e quindi di repressione – al fine di prevenire le violazioni in materia di immigrazione.

Con il secondo motivo si lamentava, con una serie di argomentazioni di natura prettamente cronologica, la non sussistenza dello stato di flagranza per l'arresto dei due trafficanti³⁸.

Al riguardo è risultato piuttosto agevole dimostrare che il monitoraggio dell'imbarcazione *Sberi*, da parte delle unità della Guardia di Finanza, è stato effettuato "senza soluzione di continuità", come peraltro indicato dalla lettera della

³⁷ Anche se l'imbarcazione *Sberi* batteva bandiera della Turchia, Stato che non ha ratificato la CNUDM: cfr. *infra*, punto 9.B.

³⁸ Art. 382, comma 1, cod. proc. pen.: "È in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima".

norma internazionale³⁹, con ciò consentendo senz'altro di poter ricollegare l'imbarcazione all'evento criminoso commesso dai due trafficanti.

8. Caso "Tusa" – Reato di danneggiamento di attrezzature di navigazione in alto mare

La realtà operativa spesso presenta casi non facilmente inquadrabili in rigide previsioni normative; la continua mutazione del *modus operandi* di volta in volta adottato dalle organizzazioni criminali transnazionali impone una permanente necessità di adeguare gli strumenti giuridici alle contingenti situazioni reali che gli operanti incontrano, specie in alto mare.

Il caso in argomento riguarda il tentativo di applicare, in caso di immigrazione, anche alcune norme specifiche previste dalla Convenzione per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marittima⁴⁰.

8.A. L'operazione aeronavale con il sequestro dell'imbarcazione Tusa

Nella notte dell'8 agosto 2012, un aereo estero impiegato nell'operazione Frontex "Aeneas 2012" avvistava, a circa 76 miglia al largo delle coste calabresi, una imbarcazione in navigazione con rotta diretta verso le coste italiane, con a bordo numerosi migranti.

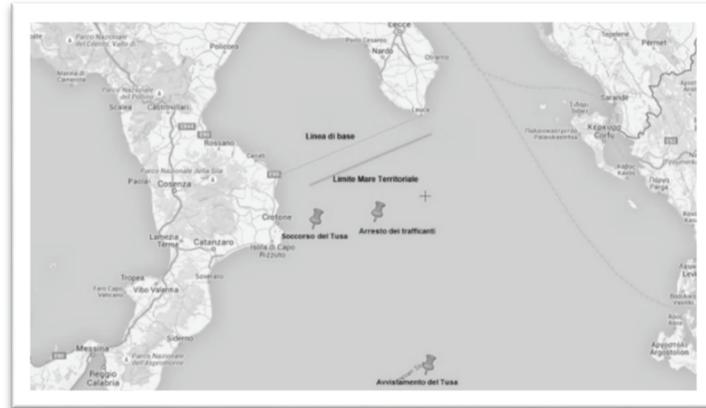


L'avvistamento della Tusa

³⁹ V. *supra*, nota 10.

⁴⁰ Legge 28 dicembre 1989, n. 422, "Ratifica ed esecuzione della convenzione per la repressione dei reati diretti contro la sicurezza della navigazione marittima, con protocollo per la repressione dei reati diretti contro la sicurezza delle installazioni fisse sulla piattaforma continentale, firmata a Roma il 10 marzo 1988, e disposizioni penali in materia di delitti contro la sicurezza della navigazione marittima e delle installazioni fisse sulla piattaforma continentale", doc. n. 4 in allegato al presente volume.

La mattina successiva, 33 miglia al largo della Calabria, il Guardacoste G. 92 *Alberti* del Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto intercettava e fermava un piccolo gommone con due persone a bordo, in allontanamento dalla *Tusa*, nel frattempo diretta verso le coste italiane.



Le posizioni nell'operazione *Tusa*

Nel pomeriggio seguente, in acque territoriali, il Guardacoste G. 92 *Alberti* abbordava e fermava l'imbarcazione *Tusa*, priva di bandiera, con a bordo numerosi migranti verosimilmente provenienti dalla Turchia.

All'arrivo nel porto di Crotona, i finanziari proseguivano le preliminari attività di polizia già avviate in mare, all'esito delle quali alcuni migranti riconoscevano i due soggetti fermati sul piccolo gommone quali unici componenti dell'equipaggio dell'imbarcazione *Tusa*; alcuni migranti raccontavano anche che gli scafisti si erano allontanati a bordo del gommone dopo aver cercato di manomettere il motore della *Tusa*, tagliato tutti i giubbotti di salvataggio buttandoli in acqua, danneggiato la bussola ed il GPS di bordo e tagliato il cavo della radio, rendendola inservibile.

Ciò all'evidente scopo di abbandonare i migranti in una condizione di pericolo per la sicurezza propria e della navigazione, determinando una "coazione indiretta nei confronti degli organi dello Stato italiano indotti ad intervenire in soccorso dei migranti abbandonati in mare", tentando di favorire, così, la propria fuga.



Il Guardacoste G. 92 *Alberti* soccorre i migranti sull'imbarcazione *Tusa*

8.B. *L'applicazione della Convenzione per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marittima*

La Convenzione per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marittima si applica nel caso in cui le azioni criminose – che debbono essere commesse per mettere in pericolo la sicurezza della navigazione – vengano compiute quando la nave è in acque site “al di là dei limiti esterni del mare territoriale di un solo Stato” o, in base alla sua rotta, stia per navigare in tali acque o provenga dalle stesse; le Parti nel cui territorio si trovi l'autore del reato hanno l'obbligo di perseguirlo penalmente.

Pertanto, oltre che per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, gli scafisti della *Tusa* venivano arrestati anche per i gravissimi reati di cui all'art. 3, comma 2, lett. b), e comma 6⁴¹, ed all'art. 4, comma 1, lett. d)⁴², della legge n. 422/1989⁴³.

Sussistendo la condizione di procedibilità di cui al richiamato art. 4 della legge

⁴¹ Art. 3 della legge n. 422/1989: “1. Chiunque, con violenza o minaccia, si impossessa di una nave o di una installazione fissa ovvero esercita il controllo su di essa è punito con la reclusione da otto a ventiquattro anni. 2. Alla stessa pena soggiace, se il fatto è tale da porre in pericolo la sicurezza della navigazione di una nave ovvero la sicurezza di una installazione fissa, chiunque: (...) b) distrugge o danneggia gravemente attrezzature o servizi di navigazione marittima, o ne altera gravemente il funzionamento; (...) 6. Quando per le modalità dell'azione e per la tenuità del danno o il fatto è di lieve entità, le pene indicate nei commi 1 e 2 sono ridotte da un terzo a due terzi”.

⁴² Art. 4 della legge n. 422/1989: “1. Oltre che nei casi indicati negli articoli da 6 a 11 del cod. pen., è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro di grazia e giustizia: (...) d) lo straniero che commette all'estero uno dei reati previsti dall'art. 3 al fine di costringere un organo dello Stato a compiere qualsiasi atto o ad astenersene”.

⁴³ Doc. n. 4 in allegato al presente volume.

n. 422/1989, su richiesta dell'Autorità Giudiziaria, il Ministro della Giustizia formulava la richiesta di procedimento ex art. 10 cod. pen.⁴⁴, nei confronti dei due scafisti, ritenendo pertanto legittime le attività condotte dalla Guardia di Finanza.

Anche la sentenza⁴⁵ nei confronti degli scafisti, a seguito di giudizio abbreviato, confermava la legittimità dell'applicabilità, al caso specifico, delle norme internazionali individuate dagli operanti con riferimento ai reati previsti dalla Convenzione per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marittima.

9. Sulla "zona contigua"

9.A. La normativa interna ed internazionale sulla zona contigua

La questione se in Italia sia sussistente o meno la zona contigua, nella materia dell'immigrazione, è tuttora dibattuta e controversa e riverbera effetti diretti sui poteri di intervento e contrasto in essa esercitabili nei confronti dei trafficanti di migranti.

Preliminarmente si osserva che la lettera dell'art. 33, "Zona contigua"⁴⁶, della CNUDM attribuisce allo Stato costiero la possibilità di esercitare il controllo necessario al fine di "prevenire" la violazione alle proprie leggi in materia – tra l'altro – di immigrazione.

Al riguardo, si può ritenere che le misure consentite dal diritto internazionale

⁴⁴ Art. 10, cod. pen.: "1. Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa. 2. Se il delitto è commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito secondo la legge italiana, a richiesta del ministro della giustizia, sempre che: a) si trovi nel territorio dello Stato; b) si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena di morte o dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; c) l'estradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene", doc. n. 16 in allegato al presente volume.

⁴⁵ Sentenza del Tribunale di Crotone, del 18 marzo 2013, n. 33, doc. n. 46 in allegato al presente volume.

⁴⁶ Art. 33, CNUDM: "1. In una zona contigua al suo mare territoriale, denominata "zona contigua", lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di: a) prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale; b) punire le violazioni delle leggi e regolamenti di cui sopra, commesse nel proprio territorio o mare territoriale. 2. La zona contigua non può estendersi oltre 24 miglia marine dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale"; doc. n. 1 in allegato al presente volume. Sull'esistenza di una zona contigua italiana si veda anche il contributo di MUSSI in questo volume.

consuetudinario abbiano carattere sia preventivo che repressivo; la tesi secondo cui occorrerebbe limitarsi alle prime è smentita dalla prassi internazionale e sarebbe illogico che uno Stato, dopo aver constatato, mediante visita e ispezione, l'esistenza di violazioni, fosse tenuto a rilasciare la nave ed attendere il suo ingresso nel mare territoriale per procedere alla fase repressiva⁴⁷.

Pare quindi evidente che il termine "prevenire" possa in effetti indicare le finalità complessive dell'istituto, ricomprendendo in esso anche la possibilità di sviluppare successive e connesse fasi repressive.

Nel diritto interno, relativamente al settore dell'immigrazione e della esistenza della zona contigua, rilevano le seguenti normative:

a. Art. 12, "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine", del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", commi 9-*bis* e 9-*quater*⁴⁸.

In particolare, il comma 9-*bis* dispone 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 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".

b. Art. 6, "Attività nelle acque territoriali e nella zona contigua"⁴⁹, del Decreto del Ministero dell'interno, 14 luglio 2003, "Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina".

La richiamata legge n. 189/2002 ha quindi voluto introdurre particolari strumenti di contrasto all'immigrazione clandestina via mare, specie con riferimento alla zona contigua, che si può ritenere effettivamente istituita con tale atto normativo.

Quest'ultimo, infatti, non può che costituire una espressa manifestazione della volontà dello Stato italiano di istituire e rendere operativa la zona contigua in

⁴⁷ In tal senso, cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2004, p. 248.

⁴⁸ Commi inseriti dall'art. 11, comma 1, lett. d), legge 30 luglio 2002, n. 189, doc. n. 20 in allegato al presente volume.

⁴⁹ Art 6, D.M. 14 luglio 2003: "Al fine di rendere più efficace l'intervento delle Forze di polizia nelle acque territoriali è stabilita una fascia di coordinamento che si estende fino al limite dell'area di mare internazionalmente definita come "zona contigua" nelle cui acque il coordinamento delle attività navali connesse al contrasto dell'immigrazione clandestina, in presenza di mezzi appartenenti a diverse amministrazioni, è affidato al Corpo della Guardia di Finanza", doc. n. 21 in allegato al presente volume.

materia di immigrazione; al riguardo, peraltro, non risulta un obbligo di utilizzare particolari forme “tipiche” di proclamazione, o di pubblicità per la sua istituzione, della zona contigua da parte di uno Stato che sia parte della CNUDM.

Per le considerazioni già espresse e sulla base delle leggi italiane vigenti, se nella zona contigua è possibile fermare e controllare una nave⁵⁰ sospettata di essere adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti e, in caso positivo, sequestrarla e condurla in un porto italiano, sarà anche possibile procedere penalmente nei confronti degli scafisti individuati a bordo anche prima dell'ingresso delle acque territoriali, specie se nella zona contigua.

Peraltro quest'ultima circostanza dell'ingresso nelle acque territoriali, come dimostra la più recente giurisprudenza riferita ad altre tipologie di operazioni aeronavali della Guardia di Finanza, ormai non rappresenta più un elemento costitutivo indispensabile per configurare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina via mare, anche in ragione della sua qualificazione di reato a condotta libera e a commissione anticipata⁵¹.

Viceversa, nella zona contigua non si potrà procedere per la violazione penale di cui all'art. 10-*bis*⁵², del decreto legislativo n. 286/1998, nei confronti dei migranti, proprio in virtù della circostanza che la zona contigua è qualificabile come uno spazio “funzionale” all'esercizio di determinati poteri di polizia, finalizzati alla prevenzione di una violazione prevista come reato dallo Stato costiero, non certo una zona sulla quale poter esercitare una sovranità piena; va peraltro evidenziato che il Governo è stato delegato per la depenalizzazione del reato in argomento⁵³.

Infine, non trattandosi di una zona di sovranità piena come il mare territoriale, si ritiene che la zona contigua non abbia necessariamente bisogno di una specifica delimitazione, potendosi direttamente estendere sino ai limiti massimi sta-

⁵⁰ A parere di chi scrive, a prescindere dalla nazionalità della nave; cfr. *infra*, punto 9.B.

⁵¹ Cfr. *infra*, punto 10, relativo all'operazione *DEEP SEA*.

⁵² Cd. reato di “clandestinità”, di cui all'art. 10-*bis*, comma 1: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente Testo unico, nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale”, doc. n. 20 in allegato al presente volume.

⁵³ Art. 2, comma 3 lett. b), della legge 28 aprile 2014, n. 67, “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili.”: “La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: (...) b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'art. 10-*bis* del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia”.

biliti dalla norma internazionale (24 miglia) e, addirittura, sovrapporsi alle eventuali zone contigue degli Stati frontisti⁵⁴.

In materia esiste limitatissima giurisprudenza relativa a casi di interventi di polizia giudiziaria nella zona contigua, tutti operati da unità navali della Guardia di Finanza.

9.B. *Sentenza n. 32960 in data 5 maggio 2010 della Corte di Cassazione, sul fermo della nave Cengizhan, battente bandiera turca*

Nella notte del 23 aprile 2007, un velivolo della Guardia di Finanza segnalava la presenza di una nave ferma al largo delle coste di Punta Stilo (Calabria Jonica), dalla quale numerosi migranti venivano trasbordati su un gommone.

Al termine del trasbordo, il gommone dirigeva verso le coste calabresi, mentre la nave si allontanava verso il largo. Unità navali della Guardia di Finanza intervenute in zona fermavano il gommone, condotto da tre scafisti turchi tratti in arresto e con 63 migranti a bordo, a 23 miglia dalle coste italiane, nella zona contigua.

Circa due ore dopo, nel frattempo sempre monitorata senza soluzione di continuità, la nave *Cengizhan*, battente bandiera turca ed utilizzata quale “nave madre” per realizzare l’illecito traffico, veniva fermata in acque internazionali, a circa 50 miglia da Punta Stilo; le otto persone di equipaggio, tutte di nazionalità turca, erano tratte in arresto per favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.

Nella fattispecie, per fermare la nave madre, le unità della Guardia di Finanza applicavano gli istituti internazionali della zona contigua (art. 33) e del diritto di inseguimento (art. 111) della CNUDM, atteso che il gommone, sul quale dalla *Cengizhan* erano stati trasbordati i migranti, era stato fermato e soccorso nella zona contigua.

Nella sentenza di primo grado⁵⁵, il Tribunale di Locri affermava la responsabilità penale di tutti gli imputati, riconoscendo la legittima applicazione degli istituti di diritto internazionale sopra indicati.

Anche la Corte d’Appello di Reggio Calabria, su ricorso che eccepiva il difetto di giurisdizione, confermava le condanne degli scafisti; sul punto, la Corte distrettuale rilevava – tra l’altro – che alla fattispecie poteva trovare legittimamente applicazione la CNUDM, in forza della quale l’operatività delle forze dell’ordine nazionali può legittimamente estendersi anche oltre il limite internazionale delle acque territoriali, fissato, come è noto, in 12 miglia marine dalla costa na-

⁵⁴ Viceversa, con il d.P.R. 27 ottobre 2011, n. 209, l’Italia ha istituito le Zone di protezione ecologica (Z.P.E.) del Mediterraneo nord-occidentale, del Mar Ligure e del Mar Tirreno; in tal caso, considerata l’ampiezza delle Z.P.E., che sono una emanazione della Zona Economica Esclusiva, è stato necessario delimitarne l’ampiezza per evitare possibili sovrapposizioni con gli Stati frontisti.

⁵⁵ Sentenza del Tribunale di Locri, del 18 settembre 2008, n. 225.

zionale, fino a ricomprendere la zona contigua, estesa fino a 24 miglia marine dalla costa e nel cui ambito è riconosciuta la possibilità di esercitare validamente l'inseguimento di quanti violano le leggi dello Stato.

Motivava al riguardo la Corte distrettuale che, pur non essendo stato mai indicato dal legislatore nazionale il limite della fascia marittima di zona contigua, la medesima risultava richiamata dall'art. 11 della Legge 30 luglio 2002, n. 189, recante "Traffico e trasporto illegale di migranti", modificativa del decreto legislativo n. 286/1998, art. 12, che espressamente prescrive la possibilità per le forze di polizia operanti con navi nel mare territoriale o "nella zona contigua", di intervenire al fine di prevenire ovvero accertare la violazione della disciplina sul trasporto illecito di migranti, laddove per "zona contigua", in mancanza di una diversa indicazione del legislatore italiano, deve intendersi la fascia di 24 miglia marine indicate dalla Convenzione internazionale anzidetta.

In relazione poi alla circostanza che lo Stato turco non avesse ratificato la Convenzione in argomento, sollevata dalla difesa, osservava la Corte di merito che l'autorità di polizia dello Stato italiano aveva esercitato il diritto di inseguimento di cui all'art. 111 della Convenzione stessa ed applicato nel caso di specie il c.d. principio di "presenza costruttiva", affermando che "non può ritenersi significativo il fatto che lo Stato Italiano non abbia formalmente proclamato la c.d. zona contigua dovendosi pervenire alla conclusione che il nostro ordinamento contempli la zona contigua '*ratione materiae*', nel senso che la prevede ai soli fini dell'immigrazione e non anche a quelli di polizia doganale, fiscale e sanitaria".

Con la Sentenza n. 32960 del 5 maggio 2010, la Cassazione, in riforma delle due sentenze sopra richiamate, non ha ritenuto di poter affermare, nella fattispecie, la sussistenza della giurisdizione italiana.

In estrema sintesi la Suprema Corte, non affrontando espressamente il tema della sussistenza o meno della zona contigua, né della sua eventuale proclamazione, con una pronuncia non condivisa da gran parte della dottrina – né da chi scrive – e fortemente limitativa dei poteri dello Stato italiano, ha affermato che non sarebbe possibile opporre alla Turchia (Stato di bandiera della nave sequestrata) gli istituti della CNUDM, atteso che la Turchia non ha ratificato la norma internazionale.

Sarebbe, ad esempio, come non poter esercitare la piena sovranità sulle acque territoriali all'interno del Golfo di Taranto, storicamente e consuetudinariamente considerato quale "baia storica" dal diritto internazionale⁵⁶, solo perché lo Stato di bandiera di una nave in transito non abbia ratificato le convenzioni internazionali di riferimento ovvero non riconosca la validità di tale istituto di diritto internazionale consuetudinario.

In definitiva la Suprema Corte, non riconoscendo la giurisdizione italiana sulla base dell'assunto della inopponibilità alla Turchia degli strumenti contemplati dalla CNUDM, sembra concludere che l'unico criterio applicabile per indivi-

⁵⁶ Formalmente riconosciuto come tale dal vigente d.P.R. 26 aprile 1977, n. 816.

duare lo Stato che abbia potestà giurisdizionale nei confronti di una nave – nella zona contigua – sia riconducibile al “principio della bandiera”.

Successivamente, però, nella più recente Sentenza n. 29182 del 21 luglio 2011⁵⁷, riferita al caso dell'imbarcazione *Sheri*, anche questa battente bandiera della Turchia, la Cassazione sembra aver affermato la possibilità di esercitare poteri di controllo nella zona contigua e, implicitamente, anche nei confronti di navi turche.

9.C. *Sentenza n. 42 del 7 giugno 2012, depositata il 21 giugno 2012, del Giudice di Pace di Alessano*

Il caso riguarda il fermo in zona contigua (a circa 14 miglia da Santa Maria di Leuca) di una piccola imbarcazione con sette migranti (di cui due minori), in data 4 maggio 2012, con successiva segnalazione all'Autorità Giudiziaria di Lecce per violazione dell'art. 10-*bis* del decreto legislativo n. 286/1998⁵⁸.

Nella Sentenza, il Giudice ha in sintesi affermato quanto segue:

– pur avendo agito per esigenze di soccorso, durante l'operazione il personale della Guardia di Finanza ha agito anche in conformità dell'art. 12, comma 9-*bis*, del decreto legislativo n. 286/1998⁵⁹, in base al quale le autorità italiane devono prevenire e reprimere l'ingresso di clandestini sul territorio nazionale, sia nel mare territoriale che nella zona contigua, e del comma 9-*quater*, per cui l'esercizio del controllo e della relativa repressione deve avvenire nei limiti consentiti dal diritto internazionale;

– la legittimità dell'intervento della Guardia di Finanza, anche ai fini dell'accertamento del fatto costituente reato, in considerazione del fatto che, seppur non vi sia una esplicita proclamazione sull'esistenza della zona contigua italiana, si può ritenere comunque la sua esistenza, limitatamente all'esercizio dei poteri in materia di immigrazione, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo n. 286/1998, con conseguente riconoscimento della sussistenza della giurisdizione italiana e del potere di reprimere una violazione commessa nella zona contigua, accanto al generale potere di controllo e di prevenzione delle violazioni delle norme applicabili nel mare territoriale di cui all'art. 33 della Convenzione di Montego Bay;

– l'esistenza di una zona contigua in funzione antimigrazione è conforme al diritto internazionale e la giurisdizione italiana è stata legittimamente esercitata nei confronti dei migranti imputati, intercettati nella zona contigua mentre erano diretti verso le coste italiane, privi di permesso di soggiorno e di documenti utili alla loro identificazione.

Sentenza chiara circa le argomentazioni in favore della esistenza della zona

⁵⁷ Cfr. *supra*, punto 7.B, doc. n. 37 in allegato al presente volume.

⁵⁸ V. *supra*, nota 52, doc. n. 20 in allegato al presente volume.

⁵⁹ V. *supra*, punto 9.A, lett. a), doc. n. 20 in allegato al presente volume.

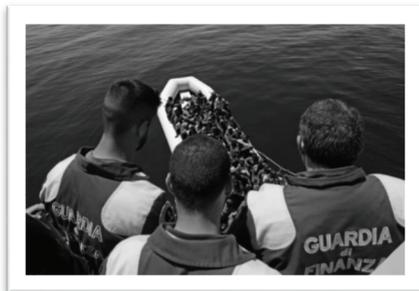
contigua, anche se la fattispecie riguarda l'ipotesi di reato di "clandestinità" e non di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per l'impossibilità – nella circostanza – di individuare gli scafisti.

10. *Caso "Deep Sea" – Il "frammento essenziale" del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, reato a condotta libera e commissione anticipata*

Sfruttando un altro *modus operandi* ampiamente collaudato dalle organizzazioni criminali che operano utilizzando basi di partenza in territorio libico, nella mattinata del 22 aprile 2015 si riceveva una richiesta di soccorso in mare proveniente da un telefono satellitare, da parte di migranti che riferivano di trovarsi in difficoltà a bordo di un gommone partito da Tripoli.

In zona giungeva il Pattugliatore *P. 03 Denaro* del Gruppo Aeronavale della Guardia di Finanza di Taranto, che soccorreva 115 migranti che si trovavano a bordo di un gommone in precarie condizioni di galleggiabilità, a circa 25 miglia dalla costa libica, in acque internazionali di competenza SAR (*search and rescue*) della Libia.

Terminato il primo soccorso, il Pattugliatore *P. 03 Denaro* effettuava il soccorso ad un altro gommone che si trovava a circa 19 miglia di distanza, traendo in salvo altri 105 migranti.



L'equipaggio del Pattugliatore *P. 03 Denaro* soccorre i migranti e individua gli scafisti

In entrambi gli interventi di soccorso, l'equipaggio del *P.03 Denaro* effettuava riprese fotografiche e video dei natanti soccorsi, nel momento dell'avvicinamento e delle conseguenti operazioni di soccorso.

Le attività di polizia giudiziaria avviate dai finanzieri sul Pattugliatore *P. 03 Denaro*, proseguite a terra dopo l'arrivo nel porto di Catania, permettevano di individuare ed identificare in maniera certa i soggetti che erano alla guida del primo e del secondo gommone, che pertanto venivano tratti in arresto per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.



Le posizioni dei gommoni soccorsi in acque internazionali

10.A. *Il frammento essenziale e la sussistenza della giurisdizione penale italiana*

Il caso naturalmente pone una questione circa la sussistenza della giurisdizione penale dello Stato italiano in acque internazionali, su fatti avvenuti a così elevata distanza dalle coste italiane e che, apparentemente, non abbiano ancora interessato le acque territoriali né la zona contigua italiana.

Nell'ordinanza di convalida degli arresti, il Giudice ha considerato sussistente la giurisdizione dello Stato italiano, anche richiamando espressamente recenti sentenze della Cassazione su casi analoghi.

In particolare, il Giudice ha sostenuto che la giurisdizione sussiste laddove, in ipotesi di traffico di migranti dalle coste africane alla Sicilia (ma evidentemente l'affermazione ha valore a carattere generale), questi vengano abbandonati in mare in acque extraterritoriali su natanti del tutto inadeguati, onde provocare l'intervento del soccorso in mare e far sì che i trasportati siano accompagnati nel tratto di acque territoriali dalle navi dei soccorritori, operanti sotto la copertura della scriminante dello stato di necessità.

In tal caso, l'azione di messa in grave pericolo per le persone, integrante lo stato di necessità, è direttamente riconducibile ai trafficanti per averlo provocato e si lega, senza soluzione di continuità, al primo segmento della condotta commessa in acque extraterritoriali, venendo così a ricadere nella previsione dell'art. 6 c.p.⁶⁰.

L'azione dei soccorritori, che di fatto consente ai migranti di giungere nel

⁶⁰ V. *supra*, nota 41, doc. n. 4 in allegato al presente volume.

nostro territorio, è da ritenere, ai sensi dell'art. 54, comma 3, cod. pen.⁶¹, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente questi abbiano operato solo in ambito extraterritoriale⁶².

Lo stato di necessità, per il quale sussiste l'obbligo – giuridicamente rilevante anche a livello internazionale, anche in capo alle unità straniere – dell'intervento di soccorso, viene quindi volontariamente e deliberatamente provocato dagli scafisti, al chiaro fine di promuovere l'ingresso illegale nel territorio dello Stato italiano sotto la protezione giuridica dell'intervento di soccorso (situazione di evento SAR).



Il Pattugliatore *P. 03 Denaro* rientra a Catania con i migranti soccorsi e gli scafisti fermati

In linea con questa interpretazione, risulta ormai consolidata la tesi per la quale una richiesta di soccorso, effettuata in acque internazionali tramite telefono satellitare, rappresenta un “frammento essenziale” della condotta criminale degli scafisti e pertanto permette di radicare la giurisdizione italiana in alto mare⁶³; più di recente, anche il solo sovraccarico di migranti, che determina inevitabilmente l'obbligo di un immediato soccorso, è venuto a costituire un “frammento essenziale” della suddetta condotta illecita.

La chiara posizione dell'Autorità Giudiziaria conferma che la giurisdizione

⁶¹ Art. 54, del cod. pen.: “1. Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. 2. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. 3. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo”, doc. n. 16 in allegato al presente volume.

⁶² Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I Pen., del 28 febbraio 2014, n. 720, doc. n. 32 in allegato al presente volume.

⁶³ Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I Pen., del 10 dicembre 2014, n. 3345, doc. n. 35 in allegato al presente volume.

penale è sussistente e che l'intervento di polizia delle forze dell'ordine in alto mare è legittimo, nell'ipotesi in cui gli scafisti sfruttino l'obbligo giuridico di prestare assistenza in mare⁶⁴ quale "strumento e mezzo" per perfezionare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, costituendo tale tecnica un "frammento essenziale" della condotta delittuosa.

Riassumendo, possono determinare l'obbligo giuridico di prestare assistenza in alto mare, costituendo quindi "attività diretta a favorire l'ingresso" e "frammento essenziale" della condotta delittuosa dei trafficanti, azioni quali, ad esempio:

- l'esplicita richiesta di soccorso effettuata direttamente da bordo, tramite telefono o radio o altro strumento o a voce, ovvero tramite persone a terra;
- l'aver sovraccaricato di migranti una imbarcazione, oltre ogni limite di sicurezza, anche in proporzione alle dimensioni della stessa;
- l'aver abbandonato una imbarcazione con migranti alla deriva, ovvero con danni agli apparati di propulsione, di governo e/o di navigazione, ovvero lasciando alla conduzione persone prive di idonee qualifiche;
- l'aver fornito all'imbarcazione il solo carburante necessario per navigare oltre il limite delle acque territoriali dello Stato di partenza (es.: gommoni provenienti dalle coste libiche);
- l'aver fermato il moto dell'imbarcazione con migranti alla vista di unità militari.

Infatti, in forza di un orientamento interpretativo consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità "una qualsivoglia attività diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni contenute nel t.u. approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, non richiede, per il suo perfezionamento (trattandosi di reato a condotta libera ed a consumazione anticipata), che l'ingresso illegale sia effettivamente avvenuto"⁶⁵.

Si tratta di una robusta e convinta affermazione della giurisdizione italiana in alto mare (e quindi, a maggior ragione, nella zona contigua!), di fatto in parte già precorsa nel caso *Cemil Pamuk*⁶⁶, che in relazione alla enorme dimensione ormai assunta dal fenomeno illecito, adesso inquadrabile tra i "*crimina iuris gentium*", trova un ulteriore duplice fondamento nella necessità di:

- soccorrere i migranti stipati sulle imbarcazioni il più rapidamente possibile dall'avvistamento in mare, per evitare possibili tragedie;
- perseguire comunque i trafficanti, evitando possibili impunità derivanti da una inopportuna rigidità normativa.

⁶⁴ Convenzione per la sicurezza della vita in mare (Londra, 1974) e ratificata dall'Italia con legge 23 maggio 1980, n. 313; Convenzione internazionale sulla ricerca e salvataggio in mare (Amburgo, 1979), resa esecutiva dall'Italia con legge 3 aprile 1989, n. 147; art. 98, "Obbligo di prestare soccorso", della CNUDM.

⁶⁵ Così, *ex multis*, sentenza della Corte di Cassazione, Sez. 1, del 5 maggio 2010, n. 32960, doc. n. 36 in allegato al presente volume.

⁶⁶ V. *supra*, nota 22.

Una affermazione della giurisdizione italiana in alto mare che si estende, rafforzandone la portata, anche alle medesime attività – di soccorso e con finalità di polizia (in tal caso le attività di polizia giudiziaria vengono avviate all'arrivo in un porto italiano) – condotte dalle unità estere nell'ambito delle operazioni Frontex che riguardano le aree marittime circostanti l'Italia, autonomamente ovvero in cooperazione con le unità della Guardia di Finanza e/o di altri Corpi italiani.

11. Le operazioni aeronavali internazionali promosse dall'agenzia europea Frontex: regole di ingaggio in mare ed aspetti di rilevanza internazionale

Nel quadro degli istituti di diritto internazionale applicabili nel corso delle operazioni aeronavali internazionali, in particolare quando promosse dall'Agenzia Frontex per il contrasto ai trafficanti di migranti, con la partecipazione di assetti aerei e navali di diversi Paesi europei, assumono rilievo anche le norme specificamente emanate al riguardo in ambito europeo, di cui al Regolamento comunitario n. 656/2014 del 15 maggio 2014⁶⁷.

Tale normativa, emanata allo scopo di armonizzare le procedure operative adottate durante le missioni Frontex per la sorveglianza delle frontiere esterne dell'Unione europea, ha sostituito la decisione del Consiglio 2010/252/EU⁶⁸, poi annullata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea per aver introdotto regole che eccedono la portata della competenza del Consiglio stesso⁶⁹.

Nelle norme generali, il Regolamento afferma due principi di valore assoluto, cui improntare prioritariamente tutta l'attività operativa nell'ambito delle suddette operazioni:

- a. sicurezza in mare, di cui all'art. 3, per il quale le misure adottate ai fini di un'operazione marittima sono attuate in modo da assicurare in ogni caso l'incolumità delle persone intercettate o soccorse, delle unità partecipanti o di terzi;
- b. protezione dei diritti fondamentali e principio di non respingimento, di cui all'art. 4, recependo così la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

⁶⁷ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 recante "Norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata all'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea", doc. n. 12 in allegato al presente volume.

⁶⁸ Decisione del Consiglio del 26 aprile 2010 che "integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea".

⁶⁹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 settembre 2012, Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea (causa C-355/10).

nel caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*⁷⁰, ed includendo le considerazioni del Consiglio europeo formulate in seguito ai tragici eventi occorsi sull'isola di Lampedusa nel corso del 2013⁷¹.

Nel Capo III, che disciplina le norme specifiche di carattere giuridico-operativo, il Regolamento contiene continui riferimenti normativi alle principali disposizioni di diritto internazionale applicabili nel contesto delle operazioni internazionali nel Mediterraneo (CNUDM, Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, Convenzione sulla ricerca ed il soccorso in mare, Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, etc.), attribuendo rilievo al concetto di *Place of Safety* (POS)⁷², delineando le regole per l'individuazione di un "luogo sicuro" con lo scopo di effettuare le operazioni di sbarco senza pregiudicare l'incolumità dei migranti⁷³.

Per le attività diverse da quelle di ricerca e soccorso, la normativa comunitaria in argomento riporta integralmente le disposizioni contenute nel testo del già richiamato Protocollo per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria.

In particolare, viene stabilito quali misure possono essere intraprese ove sussistano fondati motivi di ritenere che il natante sia utilizzato per il traffico di migranti via mare; le "regole di ingaggio" risultano variabili a seconda della posizione del natante al momento dell'intercetto (acque territoriali, zona contigua o acque internazionali), senza però fornire agli operatori ulteriori strumenti giuridici per interferire sulla navigazione dei natanti coinvolti nel traffico e intercettati nelle acque internazionali, rispetto a quelli ordinariamente previsti dal diritto internazionale.

Pur ribadendo più volte la stretta osservanza del principio di non respingimento da parte degli Stati membri, tra le circostanze contemplate dal testo, con riferimento alle acque territoriali si annovera anche la possibilità di ordinare al natante di cambiare la rotta per uscire dalle acque territoriali o dalla zona contigua per dirigersi altrove, anche scortandolo o navigando in prossimità, fino a quando non venga confermato che il natante stia mantenendo la rotta indicata⁷⁴.

⁷⁰ Sentenza della Corte europea dei Diritti Umani del 23 febbraio 2012, caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, doc. n. 49 in allegato al presente volume.

⁷¹ Conclusioni del Consiglio europeo del 24/25 ottobre 2013, EUCO 169/13, p. 17.

⁷² Regolamento (UE) n. 656/2014, art. 2: "luogo sicuro": luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento", doc. n. 12 in allegato al presente volume.

⁷³ *Ibidem*, art. 10, par. 1, lett. c).

⁷⁴ *Ibidem*, art. 6, par. 2, lett. b).

Anche in acque internazionali risulterebbe possibile ordinare ad un natante di non entrare nelle acque territoriali o nella zona contigua e, se necessario, chiedergli di cambiare la rotta verso una destinazione diversa dalle acque territoriali o dalla zona contigua⁷⁵.

È evidente che, alla luce di siffatte previsioni normative, non risulta ben chiaro come tali misure possano conciliarsi con il divieto di espulsione collettiva di stranieri⁷⁶ e con la tutela dei diritti umani, nonché con il richiamato principio generale di *non-refoulement*, dovendo garantire ai migranti la possibilità di esercitare il diritto ad un ricorso effettivo.

In effetti, successivamente ai respingimenti operati dall'Italia nel 2009 sulla base degli accordi allora vigenti con la Libia⁷⁷, tali procedure, ancorché normativamente previste, non vengono di fatto più adottate, sempre in ossequio al prioritario principio di *non-refoulement*.

Un serio passo avanti, nella direzione di vietare formalmente i respingimenti, arriva comunque dal documento operativo che disciplina l'impiego degli assetti aeronavali comunitari che partecipano all'Operazione Frontex "Triton 2015"⁷⁸.

Nell'*Operational Plan*⁷⁹ della Triton 2015, infatti, viene chiaramente disposto che:

a. le unità partecipanti sono autorizzate dall'Italia a sbarcare sul suo territorio tutte le persone intercettate o arrestate nelle acque territoriali italiane ovvero nell'ambito dell'intera area dell'operazione;

b. nessuna persona soccorsa nell'area dell'operazione, ovvero al di fuori di essa ma in un evento di soccorso, potrà essere consegnata alle Autorità di un Paese terzo, né sbarcata sul territorio di un Paese terzo.

Ecco pertanto, come evidenziato al precedente par. 10.A., che gli assetti aeronavali esteri impiegati in operazioni Frontex, agendo esattamente come le uni-

⁷⁵ *Ibidem*, art. 7, par. 2, lett. b).

⁷⁶ Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 4.

⁷⁷ Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, art. 19.

⁷⁸ L'operazione internazionale congiunta denominata TRITON 2015 è promossa dall'Agenzia Europea Frontex. Il suo scopo è quello di contenere i flussi migratori verso l'Unione Europea e fronteggiare la criminalità organizzata transnazionale. La gestione operativa dei mezzi aeronavali italiani e stranieri è demandata all'International Coordination Centre (ICC), istituito presso il Comando Operativo Aeronavale della Guardia di Finanza di Pratica di Mare;

⁷⁹ L'*Operational Plan* è un documento operativo che fornisce indicazioni specifiche sulla zona di operazioni, contesto operativo e regole di ingaggio a mare. Inoltre, esso definisce tutte le altre disposizioni di dettaglio per ogni singola operazione e viene redatto per l'utilizzo esclusivo da parte delle autorità degli Stati membri che partecipano all'operazione internazionale congiunta cui si riferisce.

tà italiane, pur non potendo svolgere dirette attività di polizia giudiziaria (che vengono però conseguentemente avviate all'arrivo nel porto italiano), contribuiscono, con evidenti riflessi di rilevanza internazionale, ad affermare la giurisdizione italiana in alto mare.

12. Conclusioni

Quelle raccontate ed analizzate nel presente testo sono solo alcune delle complesse operazioni aeronavali condotte dalla Guardia di Finanza nel contrasto al fenomeno illecito del traffico internazionale di migranti via mare, effettuate utilizzando, in modo spesso innovativo e coraggioso, tutti gli strumenti giuridici offerti dalla vigente normativa.

Sotto la spinta propulsiva delle operazioni aeronavali della Guardia di Finanza, la più recente tendenza operativa, confermata dalle valutazioni delle Autorità Giudiziarie interessate e dalle successive pronunce giudiziarie anche della Corte Suprema di Cassazione, è quella di estendere sempre di più la giurisdizione penale italiana verso le acque internazionali, tentando di anticipare l'intervento repressivo al fine di contrastare con crescente efficacia i trafficanti dediti all'immigrazione clandestina via mare, ma anche – e soprattutto – a tutela dei migranti stessi.

Parimenti però, la necessità di applicare legittimamente ed efficacemente gli strumenti attualmente offerti dal diritto internazionale in teatri operativi e scenari di intervento sempre più distanti dalle coste italiane impone alla giurisprudenza ed alla dottrina di avviare ogni possibile approfondimento per individuare e consentire più penetranti poteri di intervento in alto mare.

Nella loro rigida – e forse superata – codificazione, gli strumenti giuridici internazionali ora disponibili, posti in relazione alla globalizzazione dei grandi traffici illeciti, tendono a rivelarsi ormai palesemente inadeguati ed insufficienti, nella realtà – come sopra documentato – spesso ampliati dalle interpretazioni operative e giurisprudenziali.

Sicuramente si sente la necessità di ottenere un definitivo, chiaro e rapido riconoscimento dell'esistenza della zona contigua, possibilmente con un intervento legislativo che possa consentire senza alcun dubbio l'intervento di polizia contro i trafficanti entro le 24 miglia dalle coste italiane, anche a prescindere dalla bandiera inalberata dai natanti utilizzati per l'illecito traffico.

Inoltre, potrebbe rendersi necessario l'avvio di un processo di armonizzazione tra il quadro normativo nazionale e le previsioni normative comunitarie ed internazionali. In particolare, non più procrastinabile appare l'istituzione di un dibattito teso al riconoscimento di un regime giuridico speciale per i mari chiusi e semi chiusi, che permetta agli Stati che si affacciano su tali bacini una maggiore interferenza sulla libertà di navigazione, quando questa sia strumentalmente utilizzata per organizzare attività illecite in danno degli Stati rivieraschi.

Si ritiene infine possibile, e probabilmente necessario, l'avvio di una riflessione internazionale finalizzata all'inserimento del reato di traffico di migranti via mare tra i *crimina iuris gentium*, in considerazione della portata ormai acquisita dal fenomeno illecito, che sfrutta con modalità riprovevoli ed odiose, gravemente lesive anche della dignità umana, i bisogni di intere popolazioni, causando un numero enorme di vittime.

Ciò al fine di supportare e semplificare le attività di polizia giudiziaria a mare con particolare riguardo ai fenomeni illeciti con caratteristiche transnazionali, quale certamente è il traffico di migranti via mare.

LE FORME DI CONTRASTO AL FENOMENO DELL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE ATTRAVERSO IL MEDITERRANEO NELL'AMBITO DELL'UNIONE EUROPEA

*Ilaria Tani**

SOMMARIO: 1. Un breve inquadramento del problema in fatto e in diritto. – 2. Un richiamo allo stato attuale delle politiche dell'Unione europea in tema di immigrazione irregolare e di protezione internazionale. – 3. La posizione dell'Unione europea rispetto all'operazione italiana Mare Nostrum. – 4. La gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea: alcune criticità. – 5. La sorveglianza delle frontiere marittime esterne degli Stati membri dell'Unione europea: ulteriori criticità. – 6. Le operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime esterne ospitate dallo Stato italiano. – 7. L'approccio militarista a un problema umanitario: le più recenti strategie dell'Unione europea e l'intervento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

1. Un breve inquadramento del problema in fatto e in diritto

Intorno alle sei di sera, davanti alla baia di Gibilterra, un bastimento carico di quasi 900 persone si inabissava nel freddo mare di marzo. Era salpato da Napoli e correva l'anno 1891. Diretta verso gli Stati Uniti, *Utopia* non arrivò mai in nessun luogo. Oltre al suo equipaggio, la nave ospitava 813 migranti, per la maggior parte provenienti da Campania, Calabria e Abruzzo. Morirono in 576.

Intorno a un secolo fa, ad annegare in mare eravamo noi¹.

I flussi migratori attraverso il Mediterraneo oggi interessano problematiche e

* Avvocato del Foro di Milano; già funzionario giuridico presso la Divisione Oceani e Diritto del Mare, Ufficio Affari Giuridici, Nazioni Unite (New York, Stati Uniti), e dottore di ricerca in diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ OMIZZOLO, *Quando ad affogare eravamo noi*, in *Corriere delle Migrazioni*, 2014. I migranti italiani furono coinvolti in decine di naufragi: si pensi a quelli dell'*Ortigia* e del *Sudamerica* nel 1880, in cui morirono più di 300 persone; a quello del *Bourgogne* nel 1898, che causò 549 morti; o a quelli del *Sirio* nel 1906, che contò 292 morti, e del *Principessa Mafalda* nel 1927, in cui annegarono 385 persone.

rotte diverse. Com'è noto, l'Italia ha registrato nel 2015 l'arrivo di quasi 140.000 persone in fuga via mare, inclusi richiedenti asilo, solo nel periodo compreso tra i mesi di gennaio e metà ottobre. Più di 3.100 persone sono annegate o risultano comunque scomparse durante la traversata del Mediterraneo, su un totale stimato di circa 4.400 persone morte migrando nel mondo nello stesso periodo².

Quanto alle provenienze geografiche, i migranti originari del Corno d'Africa raggiungono via mare le coste siciliane dalla Libia, dopo aver attraversato il Sudan e il Ciad per circa quattro mesi a bordo di camion fuoristrada. Secondo le testimonianze raccolte al loro arrivo, il prezzo della traversata mediterranea oscilla tra i 600 e i 1.500 dollari statunitensi. Anche la maggior parte dei migranti provenienti dal Medio Oriente raggiunge la Libia per prendere il mare, attraversando Libano, Giordania ed Egitto, oppure tenta la strada della Turchia per poi imbarcarsi alla volta dell'Italia. Per queste tratte, il prezzo varia sensibilmente, tra i 1.500 e i 6.000 euro a persona. Sono soprattutto i migranti siriani a scegliere il percorso turco, piuttosto che la rotta libica, con partenza dalla città portuale di Mersina (Mersin, in turco), oppure dal meno frequentato porto di Alessandretta (Iskenderon, in turco). In questi ultimi casi, un trasbordo su navi più grandi posizionate a poca distanza dalle coste turche e siriane segna l'inizio di un viaggio di circa sei giorni verso l'Italia, al prezzo di 6.000 dollari statunitensi per un adulto e di 3.000 per ogni bambino³.

L'Italia e la Grecia accolgono insieme la quasi totalità degli sbarchi sul territorio dell'Unione europea⁴. I dati relativi alla fine di settembre 2015 dimostrano che i migranti giunti in Italia nel 2015 sono per la maggior parte eritrei (35.938), nigeriani (17.886), somali (10.050), sudanesi (8.370) e siriani (7.072), soprattutto

² Le stime sono dell'Organizzazione Internazionale per la Migrazione (in seguito: IOM, dal nome inglese), che gestisce il *Missing Migrants Projects*, una ricerca iniziata nell'ottobre del 2013 in seguito ai due naufragi vicino a Lampedusa che contarono almeno 366 morti annegati. Cfr. BRIAN e LACKZO (a cura di), *Fatal Journeys: Tracking Lives Lost during Migration*, Ginevra, 2014. Il rapporto, commissionato dall'IOM, contiene le stime relative alle morti accertate di migranti nel mondo, incluse quelle registrate nelle rotte mediterranee verso l'Italia, rispetto agli ultimi quindici anni.

³ Le informazioni sono tratte dal resoconto stenografico della seduta del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione (seduta n. 30 del 20 maggio 2015), contenente l'audizione del Comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, sul tema dei flussi migratori in Europa attraverso l'Italia. In tema di immigrazione irregolare e diritto internazionale v., tra gli altri, GALLAGHER e DAVID (a cura di), *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, 2014; PÉREZ GONZÁLEZ, *Migraciones irregulares y derecho internacional: Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, 2012; RUBIO-MARÍN, *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014. Con specifico riferimento regionale, riguardo al fenomeno migratorio sia marittimo sia terrestre, v. anche AMADEO e SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015; CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2015.

⁴ Per un'analisi comparata delle politiche relative all'immigrazione nei due Stati, v. TRIANDAFYLLOU e AMBROSINI, *Irregular Immigration Control in Italy and Greece: Strong Fencing and Weak Gatekeeping Serving the Labour Market*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, pp. 251-273.

uomini ma con una presenza significativa anche di donne e di bambini (più di 10.000 sono minori non accompagnati)⁵.

La traversata verso le coste greche e italiane è così battuta, nonostante i rischi che presenta, perché è considerata l'unica via d'ingresso nell'Unione europea dalla maggior parte dei migranti provenienti da Africa e Medio Oriente. Le vie terrestri per l'ingresso nell'Unione europea, com'è noto, sono ostacolate in tutti i modi dai singoli Stati membri, anche attraverso sistemi che destano serie preoccupazioni a causa del loro sinistro richiamo a intollerabili chiusure che sembravano soltanto ricordi della peggiore storia e che, laddove persistono, sono dichiaratamente considerate contrarie al diritto internazionale umanitario e dei diritti umani⁶.

Passando brevemente in rassegna i parametri normativi di riferimento a livello internazionale per il caso che ci occupa, il primo che viene in rilievo è il diritto, riconosciuto in capo a ogni individuo, di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio, cioè di migrare⁷.

⁵ Anche nel 2014 i migranti arrivati in Italia furono in prevalenza di queste nazionalità, ma soprattutto siriani. La maggior parte dei siriani nel 2015 ha cercato salvezza in Grecia (277.899), sempre secondo le stime dell'IOM (*supra* nota 2). Secondo i dati riportati dalla Commissione europea, "while the composition of migration flows is mixed, there is an exponential increase in the number of persons seeking international protection, notably from Syria, Iraq and Afghanistan. In fact, 90% of those using the Eastern Mediterranean route are nationals from one of these three countries. Irregular migrants using the Central Mediterranean route come mostly from Sub-Saharan Africa, and they often also come from conflict areas: approximately 20% are from Eritrea, 12% from Somalia, still, 10% are from Syria. This route has changed composition in comparison to 2014, when it was used by most Syrian refugees", *Joint Communication to the European Parliament and the Council – Addressing the Refugee Crisis in Europe: The Role of EU External Action*, JOIN(2015) 40 final.

⁶ Dopo la distruzione nel 1989 del muro di Berlino, che pure rispondeva a obiettivi assai diversi da quelli perseguiti oggi dagli Stati europei, la speranza per il continente era comunque quella di una nuova era di integrazione, che negli ultimi anni ha tuttavia subito un arresto e poi una netta inversione. Dal 2005, a Ceuta e a Melilla – città della costa marocchina sulle quali la Spagna rivendica la sovranità, unici collegamenti terrestri tra il Nord Africa e l'Unione europea – sorgono rispettivamente due nuove barriere di separazione in metallo e filo spinato (a sostituzione delle precedenti, meno efficaci) finalizzate a impedire l'ingresso in territorio europeo di migranti provenienti dall'Africa subsahariana. La Grecia ha eretto una barriera di separazione nel 2012, per impedire l'ingresso dei migranti irregolari dal territorio turco. Nel 2015 Bulgaria, Regno Unito (nella città di francese Calais, per impedire l'ingresso di migranti irregolari nel canale della Manica) e Ungheria hanno fatto ricorso allo stesso sistema, costruendo barriere per centinaia di chilometri lungo i confini. Anche Estonia e Ucraina, sia pure per ragioni ancora diverse dal problema dell'immigrazione irregolare, hanno più recentemente programmato la costruzione di barriere fisiche ai rispettivi confini, da concludere entro il 2018. Sulla posizione di alcuni Stati europei rispetto al fenomeno migratorio v., tra gli altri, MARINAI, *The Action of Greece and Spain against Irregular Migration by Sea*, in DEL VECCHIO (a cura di), *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, L'Aia, 2014, pp. 29-58; TRAUBLINGER, *Boat Refugees in the Mediterranean: Tackle the Root Causes or Build Fortress Europe?*, Amburgo, 2013.

⁷ Art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 1948); art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966). Sul tema, *The Right to Leave a Country*, Issue Paper by the Council of Europe Commissioner for Human Rights (redatto

Il secondo riferimento normativo che viene in considerazione si collega alla specifica condizione dei migranti in questione, cioè al fatto che essi si spostano via mare e in condizioni di oggettivo rischio per la loro incolumità. Questa circostanza, nel diritto, corrisponde a un obbligo di antica formazione consuetudinaria, oggi codificato nell'art. 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982; in seguito: CNUDM), in base al quale tutti gli Stati sono tenuti a soccorrere, per il tramite di navi che battono la loro bandiera, chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita. È evidente che tale obbligo impone di soccorrere ogni essere umano, inclusi i migranti che si trovano in alto mare.

La stessa CNUDM prevede l'obbligo, per tutti gli Stati, di promuovere l'istituzione e l'effettiva operatività di un adeguato servizio di ricerca e soccorso in mare, anche attraverso apposite intese regionali in tal senso con gli Stati limitrofi⁸. A questo proposito, la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso marittimi (Londra, 1979; emendata nel 1998 e nel 2004; in seguito: Convenzione SAR, dall'acronimo inglese), che ribadisce l'obbligo consuetudinario di assistenza a chiunque si trovi in mare in condizioni di pericolo⁹, prevede l'istituzione da parte degli Stati di "regioni di ricerca e soccorso" associate a un "centro di coordinamento della ricerca", che prescindono, senza in alcun modo pregiudicarla, dalla questione – diversa – dei confini marittimi tra gli Stati¹⁰. Inoltre, la Convenzione SAR prevede che le persone soccorse in mare siano consegnate in un "luogo sicuro"¹¹.

Anche la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita umana in mare (Londra, 1974, come più volte emendata; in seguito: Convenzione SOLAS, dall'acronimo inglese) obbliga il comandante di una nave che si trovi in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità a tale assistenza¹². È

da GUILD), ottobre 2013; GOODWIN-GILL, *The Right to Leave, the Right to Return, and the Question of a Right to Remain*, in GOWLLAND-DEBBAS, *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Dordrecht, 1995, pp. 95-106.

⁸ Art. 98, par. 2, CNUDM.

⁹ Cap. 2.1.10, Convenzione SAR.

¹⁰ Cap. 2.1.4, Convenzione SAR. Su questo tema v., tra gli altri, COPPENS, *Search and Rescue at Sea*, in PAPA-STRAVRIDIS e TRAPP (a cura di), *Crimes at Sea – La criminalité en mer*, L'Aia, 2014, pp. 381-427; TREVISANUT, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, pp. 523-542.

¹¹ Cap. 1.3.2, Convenzione SAR. La definizione di "luogo sicuro" (*place of safety*) non è fornita dalla Convenzione SAR e rimane controversa a livello internazionale. La buona fede e il buon senso nell'interpretazione di quale possa essere un luogo sicuro sono stati spesso sacrificati dagli Stati con l'obiettivo di sottrarsi all'onere di gestire i migranti sbarcati. Cfr. anche risoluzione MSC.167(78) del 20 maggio 2004 del Comitato marittimo per la sicurezza dell'Organizzazione marittima internazionale, che affronta, attraverso Linee guida non vincolanti sul trattamento delle persone soccorse in mare, la questione della consegna delle persone soccorse in un luogo sicuro.

¹² Cap. V, reg. 33(1), Convenzione SOLAS. Sul tema dell'immigrazione via mare in generale, v. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in RYAN e MITSILEGAS (a cura

un dato di fatto – di cui meglio si dirà in seguito – che, nel caso in cui tra le persone soccorse in mare vi siano richiedenti asilo, la loro identificazione e la valutazione delle loro domande di asilo non possono ragionevolmente essere espletate a bordo della nave sovraffollata che ha appena prestato il soccorso, ma è necessario che tali operazioni siano svolte a terra.

In vista della menzionata mancanza di alternative via terra per entrare nell'Unione europea e fuggire a persecuzioni, conflitti e povertà endemica, è evidente che le operazioni di ricerca e soccorso in mare diventano l'unico strumento in grado di rispondere, in emergenza, alla necessità di salvare le vite dei migranti che tentano la traversata. A ben guardare, essendo il fenomeno dell'attuale migrazione via mare assolutamente prevedibile, esisterebbe una soluzione in emergenza ancor più sicura, che risponde a una logica difficilmente confutabile e sgombra il campo da ogni retorica sul dramma quasi quotidiano delle decine di morti annegati:

È chiaro che se noi partiamo dal presupposto che occorre salvare vite umane, tanto vale che andiamo sulle coste, li prendiamo e sicuramente evitiamo che ci siano morti. Consentitemi questa battuta. Se invece li facciamo partire, il rischio esiste. O schieriamo delle unità navali nelle immediate vicinanze del mare territoriale libico, per cui appena ci chiamano si interviene e si riduce il rischio, oppure, se si avventurano nel Mediterraneo, il salvataggio dipende dalle condizioni del mare. Non tutti i mezzi sono in condizioni di navigabilità ventiquattro ore al giorno e in qualsiasi situazione meteo-marina¹³.

Continuando la breve rassegna di parametri normativi a livello internazionale, l'ingresso nel territorio dell'Unione europea della quasi totalità dei migranti che vi giungono via mare risulta "illegale" ai sensi del Protocollo contro il contrabbando di migranti per terra, mare e aria (Palermo, 2000; in seguito: Protocollo di Palermo) relativo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (Palermo, 2000)¹⁴.

di), *Extraterritorial Immigration Control – Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, pp. 103-149; CALIGIURI, *Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime esterne dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo*, in CALIGIURI, CATALDI e NAPOLITANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 359-385; TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

¹³ Così il comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, nell'audizione del 20 maggio 2015 dinnanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione (cfr. *supra*, nota 3).

¹⁴ Art. 3, lett. b), Protocollo di Palermo, in base al quale "illegal entry" shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State." Dal 6 settembre 2006 l'Unione europea è parte a tale strumento, nei termini della seguente dichia-

L'aggettivo "illegale", tuttavia, può risultare parzialmente fuorviante nel contesto che ci occupa laddove si tenga anche conto del fatto che diverse persone che tentano la fuga da persecuzioni perpetrate nello Stato del quale hanno la cittadinanza – o, se apolidi, nello Stato di residenza abituale – sono tutelate dal diritto internazionale dei rifugiati¹⁵ ovvero, ricorrendone le condizioni, possono comunque avere diritto a forme di protezione internazionale (tipicamente il diritto di asilo) previste dalle norme interne dello Stato che li riceve¹⁶. I migranti che rientrano nella condizione di "rifugiato" ai sensi del diritto internazionale hanno innanzi tutto il diritto fondamentale di c.d. *non-refoulement*, cioè il diritto a non essere respinti – direttamente o indirettamente¹⁷ – verso uno Stato nel qua-

razione, che riassume le competenze comunitarie in tema di immigrazione: "(...). The Community points out that it has competence with regard to the crossing of external borders of the Member States, regulating standards and procedures when carrying out checks on persons at such borders and rules on visas for intended stays of no more than three months. The Community is also competent for measures on immigration policy regarding conditions of entry and residence and measures to counter illegal immigration and illegal residence, including repatriation of illegal residents. (...)". Sullo strumento in questione v., tra gli altri, OBOKATA, *The Legal Framework Concerning the Smuggling of Migrants at Sea under the UN Protocol on the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, in RYAN e MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial Immigration Control – Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, pp. 151-168.

¹⁵ Cfr. Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati (Ginevra, 1951; in seguito: Conv. Rif.) e Protocollo aggiuntivo (New York, 1967), che ha definito la figura del "rifugiato". L'Italia è parte a entrambi gli strumenti. La condizione di "rifugiato" non dipende dal riconoscimento da parte dello Stato di rifugio. Il rifugiato può eventualmente chiedere asilo allo Stato di rifugio o ad altri Stati, ove ne ricorrano le condizioni, ma lo *status* giuridico di rifugiato e quello di richiedente asilo vanno tenuti distinti. La Conv. Rif. e il Protocollo aggiuntivo, infatti, da un lato non attribuiscono al rifugiato il diritto di ricevere asilo sul territorio di uno Stato parte; dall'altro lato, essi circoscrivono la nozione di "rifugiati" a individui in fuga da persecuzioni perpetrate per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinioni politiche, ma non tutelano gli individui in fuga da conflitti, calamità naturali e situazioni di povertà endemica, che sono quindi destinati a restare fuori dalla tutela della Conv. Rif. ma possono nondimeno richiedere asilo a Stati diversi da quelli di origine. In tema di rifugiati v., tra gli altri, BARNES, *Refugee Law at Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, pp. 47-76; GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, 2011; GOODWIN-GIL e MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford-New York, 2007; ZIMMERMANN (a cura di), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford, 2011.

¹⁶ Ad esempio, l'art. 10, comma 3, della Costituzione della Repubblica italiana prevede che "lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge" (v. decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, come modificato dal decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18). Il diritto di asilo non è un diritto soggettivo riconosciuto in capo all'individuo dal diritto internazionale, pertanto ogni Stato discrezionalmente decide se concederlo o meno nell'ambito dell'esercizio della propria sovranità. Il diritto di concedere l'asilo può anche subire limitazioni in base a trattati internazionali cui lo Stato è parte, tipicamente quelli in tema di estradizione.

¹⁷ Ad esempio, sentenza 21 gennaio 2011 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, Ricorso n. 30696/2009.

le temono persecuzioni¹⁸. Tale diritto fondamentale, che origina dal diritto internazionale dei rifugiati¹⁹, è anche previsto dal diritto internazionale dei diritti umani²⁰ e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²¹.

Si noti, peraltro, che mentre il diritto internazionale dei rifugiati non è arrivato a riconoscere il relativo *status* a persone che fuggono da conflitti internazionali o interni²², com'è il caso di molti migranti che raggiungono oggi le coste ita-

¹⁸ La minaccia alla vita o alla libertà del rifugiato a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o a opinioni politiche può derivare non soltanto dalle autorità di uno Stato. In base alle *UNHCR Guidelines on International Protection No. 9 – Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 14(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23 ottobre 2012, par. 34, “there is scope within the refugee definition to recognize persecution emanating from both State and non-State actors”.

¹⁹ Art. 33, par. 1, Conv. Rif.

²⁰ Il principio del *non-refoulement* è espressamente codificato nell'art. 3.1 della Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti (New York, 1984; in seguito: Conv. Tortura) e nell'art. 16 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (New York, 2006). Esso è inoltre elencato fra i Principi sulla prevenzione effettiva e l'indagine relative a esecuzioni fuorilegge, arbitrarie e sommarie, raccomandati dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite con la risoluzione 1989/1965 del 24 maggio 1989 (principio n. 5). La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ripetutamente affermato che diversi strumenti internazionali contengono l'obbligo implicito di *non-refoulement* laddove vi siano sostanziali ragioni per credere che una persona sarebbe soggetta al rischio di tortura, trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti, ovvero a violazioni del suo diritto alla vita, a un equo processo, o ancora rischiasse di essere soggetta a detenzioni arbitrarie nel caso di deportazione, espulsione, estradizione, consegna o altra forma di trasferimento e rimozione dalla giurisdizione di uno Stato (v. sentenza pilota 7 luglio 1989 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Soering c. Regno Unito*, Ricorso n. 14038/1988). Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani (in seguito: HRC, dall'acronimo inglese) ha parimenti affermato che l'obbligo di *non-refoulement* sorge laddove vi sia il rischio reale di gravi violazioni dei diritti dell'uomo, incluso il diritto alla vita, il divieto di tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, disumani o degradanti, ovvero il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona ai sensi degli artt. 6, 7 e 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966): HRC, *General comment No. 31[80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004. Per un'analisi giurisprudenziale sul *non-refoulement* in un'ottica comparata, v. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants – Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford-New York, 2015. Sul diritto al *non-refoulement* nel settore che ci occupa v., tra gli altri, COPPENS, *Interception of Seaborne Migrants: the Applicability of the Non-Refoulement Principle at Sea*, in *German Yearbook of International Law*, 2013, pp. 425-455; FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La comunità internazionale*, 2002, pp. 61-78; GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, pp. 443-457; TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, pp. 661-675.

²¹ Cfr. art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²² Cfr. art. 1, par. A.2, della Conv. Rif.

liane, il diritto italiano, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria dello Stato, considera danno grave atto a concedere tale protezione anche “la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”²³.

In questa prospettiva e nello specifico contesto qui in esame, molti ritengono preferibile evitare il termine “illegale”, che ha una forte connotazione incriminante, e parlare piuttosto di immigrazione “irregolare”. In ogni caso, lo stesso Protocollo di Palermo, pur definendo “illegale” l’ingresso del migrante nel territorio di uno Stato che sia avvenuto in violazione delle norme in tema di immigrazione, esplicitamente esclude che i migranti possano essere oggetto di sanzioni penali per la loro condizione²⁴.

Volendo esprimere una prima considerazione – per quanto ovvia essa sia – a fronte del rapido inquadramento della tematica fin qui fornito, è chiaro che, quando si affronta il tema dei migranti via mare, il problema giuridico essenziale consiste nell’individuare misure di contrasto all’immigrazione irregolare che rispettino l’insieme delle norme – molte di carattere fondamentale, come tali inderogabili – che emanano dal diritto internazionale dei rifugiati, dal diritto internazionale dei diritti umani e dal diritto internazionale del mare. L’obiettivo del presente contributo è quindi quello di valutare, almeno per cenni generali, se le più recenti operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime esterne elaborate dall’Unione europea rispettino tutte quelle garanzie a tutela della persona umana – e quindi anche del migrante – che sono state per sommi capi richiamate²⁵.

2. *Un richiamo allo stato attuale delle politiche dell’Unione europea in tema di immigrazione irregolare e di protezione internazionale*

Dal momento che, una volta sbarcati, i migranti sopravvissuti al mare non si smaterializzano²⁶, è utile anche un breve richiamo alle recenti politiche dell’Unione europea in tema di immigrazione e di asilo.

²³ Cfr. art. 2, comma 1, lett. g) e h), e art. 14, lett. c), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 e successive integrazioni.

²⁴ Cfr. art. 5 del Protocollo di Palermo.

²⁵ Per una critica alle operazioni congiunte condotte dagli Stati membri dell’Unione europea attraverso FRONTEX alla luce del diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati, v. anche TREVISANUT, *Which Borders for the EU Immigration Policy? Yardsticks of International Protection for EU Joint Borders Management*, in AZOULAI e DE VRIES (a cura di), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014, pp. 106-148.

²⁶ SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in *Human Rights and Immigration*, in RUBIO-MARÍN (a cura di), Oxford, 2014, p. 229.

In generale, per quanto riguarda le politiche comunitarie in materia di asilo, immigrazione e controllo alle frontiere esterne, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in seguito: TFUE) prevede che esse siano fondate sulla solidarietà tra Stati membri ed eque nei confronti dei cittadini dei paesi terzi²⁷, nonché governate dal principio dell'equa ripartizione di responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario²⁸.

In particolare, in tema di immigrazione, il TFUE prevede che l'Unione europea sviluppi una politica comune "intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani"²⁹. A questo scopo, è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino misure relative, tra le altre questioni, anche a "immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare", nonché alla "lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori"³⁰. L'Unione europea, ai sensi del TFUE, può anche concludere accordi con Stati terzi "ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano o che non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri"³¹.

È evidente che ciò che interessa nel caso in esame sono le misure relative all'immigrazione irregolare, quindi non si ritiene di dover accennare alle politiche comunitarie relative alla migrazione regolare e alle relative misure di integrazione. È però utile sottolineare che la procedura legislativa ordinaria, che vede l'intervento del Parlamento europeo in qualità di co-legislatore a fianco del Consiglio³², si applica sia alle politiche di immigrazione regolare sia a quelle relative all'immigrazione irregolare, salvo il caso in cui "uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi"³³. In questo caso, infatti, è soltanto il Con-

²⁷ Art. 67 TFUE. La stessa disposizione equipara gli apolidi ai cittadini di Stati terzi.

²⁸ Art. 80 TFUE. Sull'attuazione di questi principi, tuttavia, v. anche LANGFORD, *The Other Euro Crisis: Rights Violations Under the Common European Asylum System and the Unraveling of the EU Solidarity*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2013, pp. 217-264.

²⁹ Art. 79, par. 1, TFUE.

³⁰ Art. 79, par. 2, lett. c) e d), TFUE.

³¹ Art. 79, par. 3, TFUE.

³² Art. 294 TFUE. Si tratta della procedura senza dubbio più legittima dal punto di vista democratico. Le modalità sono identiche a quelle della precedente procedura di codecisione e il Consiglio e il Parlamento europeo si trovano in condizioni di parità. La regola di voto in tale procedura è la maggioranza qualificata.

³³ Art. 78, par. 3, TFUE.

siglio l'organo competente ad adottare "misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati", deliberando su proposta della Commissione e solo "previa consultazione" del Parlamento europeo³⁴. Tale previsione è stata attuata, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, soltanto nel settembre 2015, come più avanti si illustrerà.

È per il tramite della procedura legislativa ordinaria che l'Unione europea si è dotata di norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sul territorio di uno Stato membro risulti irregolare: la Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 espressamente non pregiudica gli obblighi derivanti dalla Conv. Rif. e contiene un esplicito richiamo al rispetto dei diritti fondamentali e all'osservanza dei principi riconosciuti, in particolare, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁵.

Nella primavera del 2015, la Commissione³⁶, il Consiglio³⁷ e il Parlamento

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. ventitreesimo e ventiquattresimo considerando della direttiva. La Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 ha invece introdotto norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

³⁶ Cfr. *Ten-Point Action Plan on Migration*, presentato dal Commissario europeo per le migrazioni, gli affari interni e la cittadinanza, Dimitri Avramopoulos, alla riunione del 20 aprile 2015 con i Ministri degli esteri e dell'interno degli Stati membri dell'Unione europea. Il piano proposto dalla Commissione ha previsto: "(1) Reinforce the Joint Operations in the Mediterranean, namely Triton and Poseidon, by increasing the financial resources and the number of assets. We will also extend their operational area, allowing us to intervene further, within the mandate of FRONTEX; (2) A systematic effort to capture and destroy vessels used by the smugglers. The positive results obtained with the Atalanta operation should inspire us to similar operations against smugglers in the Mediterranean; (3) EUROPOL, FRONTEX, EASO and EUROJUST will meet regularly and work closely to gather information on smugglers *modus operandi*, to trace their funds and to assist in their investigation; (4) EASO to deploy teams in Italy and Greece for joint processing of asylum applications; (5) Member States to ensure fingerprinting of all migrants; (6) Consider options for an emergency relocation mechanism; (7) A EU wide voluntary pilot project on resettlement, offering a number of places to persons in need of protection; (8) Establish a new return programme for rapid return of irregular migrants coordinated by FRONTEX from frontline Member States; (9) Engagement with countries surrounding Libya through a joined effort between the Commission and the EEAS; initiatives in Niger have to be stepped up; (10) Deploy Immigration Liaison Officers (ILO) in key third countries, to gather intelligence on migratory flows and strengthen the role of the EU Delegations."

³⁷ Cfr. Dichiarazione del Consiglio del 23 aprile 2015 che, riferendosi specificamente alla tragedia in atto nel Mediterraneo, ha elencato, fra gli altri, i seguenti obiettivi: "a) rapidly reinforce EU Operations Triton and Poseidon by at least tripling the financial resources for this purpose in 2015 and 2016 and reinforcing the number of assets, thus allowing to increase the search and rescue possibilities within the mandate of FRONTEX. (...); (...); c) undertake systematic efforts to identify, capture and destroy vessels before they are used by traffickers; d) at the same time, the High Representative is invited to immediately begin preparations for a possible CSDP operation to this effect; (...); j) work with regional partners in building capacity for maritime border man-

europeo³⁸ si sono variamente occupati dei tragici eventi in cui si è spesso concluso il tentativo di migrazione di migliaia di persone attraverso il Mediterraneo. Il Parlamento europeo, fra le altre questioni,

Call[ed] for a robust and permanent humanitarian European rescue operation, which, like *Mare Nostrum*, would operate on the high seas and to which all Member States would contribute financially and with equipment and assets; urge[d] the EU to co-fund such an operation³⁹.

L'esortazione del Parlamento europeo non ha tuttavia condotto, finora, ad alcuna operazione umanitaria permanente di soccorso in mare nel Mediterraneo da parte dell'Unione europea.

Nell'Agenda europea sulla migrazione, del maggio 2015, la Commissione ha proposto diversi obiettivi per il futuro finalizzati a “ridurre gli incentivi all'immigrazione irregolare”, “gestire le frontiere salvando vite umane e garantendo la sicurezza”, “sviluppare una politica comune forte in materia di asilo” e “attuare una nuova politica in materia di migrazione legale”⁴⁰. Già nella proposta della Commissione di maggio tuttavia si profilava, nel quadro della politica di sicurezza e difesa comune, non già l'operazione umanitaria permanente di soccorso in mare auspicata dal Parlamento europeo, ma piuttosto un'operazione a carattere militare nel Mediterraneo finalizzata a “demolire” le reti di trafficanti di esseri umani e a contrastare il traffico di migranti⁴¹. Per quanto riguarda quest'ultimo fenomeno, in particolare, la Commissione ha anche adottato un piano d'azione per il quinquennio 2015-2020⁴². Tale documento, fra le altre cose, chiarisce che il traffico di esseri umani e il traffico di migranti sono due fenomeni diversi, benché spesso collegati⁴³, e

agement and search and rescue operations; (...) m) while respecting the right to seek asylum, set up a new return programme for the rapid return of illegal migrants from frontline Member States, coordinated by FRONTEX; n) rapid and full transposition and effective implementation of the Common European Asylum System by all participating Member States, thereby ensuring common European standards under existing legislation; o) increase emergency aid to frontline Member States and consider options for organising emergency relocation between all Member States on a voluntary basis; (...) q) set up a first voluntary pilot project on resettlement across the EU, offering places to persons qualifying for protection.”

³⁸ Cfr. *European Parliament resolution of 29 April 2015 on the latest tragedies in the Mediterranean and EU migration and asylum policies* (2015/2660(RSP)).

³⁹ *Ibidem*, par. 5. Dell'operazione *Mare Nostrum* si tratta in seguito, in questo contributo.

⁴⁰ Questi costituiscono i quattro pilastri del programma proposto dalla Commissione. Cfr. *A European Agenda on Migration*, COM(2015) 240 final.

⁴¹ Dell'operazione militare EUNAVFOR MED, recentemente ribattezzata “Operazione Sophia”, si tratta in seguito, in questo contributo.

⁴² *EU Action Plan against Migrant Smuggling (2015-2020)*, COM(2015) 285 final.

⁴³ “The difference between the two is that in the former, migrants willingly engage in the irregular migration process by paying for the services of a smuggler in order to cross an internation-

sono perciò oggetto di strategie separate a livello europeo⁴⁴.

In materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea da parte degli Stati membri, il TFUE prevede che l'Unione europea sviluppi una politica comune – conforme alla Conv. Rifugiati, al relativo Protocollo aggiuntivo e agli altri trattati pertinenti⁴⁵ – “volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento”⁴⁶. A questo scopo è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottino le misure relative a un “sistema europeo comune di asilo” che includa: “a) uno *status* uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno *status* uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello *status* uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea”⁴⁷.

Gli obiettivi appena menzionati, tuttavia, non sono stati tutti raggiunti. Diversi programmi pluriennali adottati dal Consiglio dell'Unione europea fin dall'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che sancì la competenza comunitaria in materia, hanno profondamente influenzato la strada verso una politica comune di asilo⁴⁸, ma quest'ultima non è ancora stata realizzata an-

al border, while in the latter they are the victims, coerced into severe exploitation which may or may not be linked to the crossing of a border. The two phenomena are not easy to disentangle as persons who start their journeys in a voluntary manner are also vulnerable to networks of labour or sexual exploitation”, *ibidem*, p. 2. Su questi temi, v. anche FORLATI, *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013; PIOTROWICZ e REDPATH-CROSS, *Human Trafficking and Smuggling*, in OPESKIN, PERRUCHOUD e REDPATH-CROSS (a cura di), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, 2012, pp. 234-259.

⁴⁴ *EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012 – 2016*, COM(2012) 286 final. Il traffico di migranti e il traffico di esseri umani sono entrambi elencati tra i rischi e le minacce alla sicurezza marittima nella Strategia per la sicurezza marittima dell'Unione europea, adottata dal Consiglio il 24 giugno 2014 (v. par. 7 di questo contributo).

⁴⁵ Cfr. anche art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴⁶ Art. 77, par. 1, TFUE. Su questi temi v., tra gli altri, MORENO-LAX, *Life after Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control*, in MURPHY e ACOSTA (a cura di), *EU Justice and Security Law*, Oxford, 2014, pp. 146-167.

⁴⁷ Art. 77, par. 2, TFUE.

⁴⁸ Cfr. le conclusioni della Presidenza europea alla riunione straordinaria del Consiglio sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea (Tampere, 15 e 16 ot-

che a causa del fatto che il tema gioca un ruolo forte nelle campagne politiche dei partiti nazionali, che non concedono con facilità il raggiungimento di compromessi e di regole comuni a livello sovranazionale.

Diversi sono gli atti legislativi in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea operanti a livello di Unione europea e una loro analisi esula dal presente contributo⁴⁹. Ai nostri fini è tuttavia interessante richiamare almeno le recenti misure – alcune delle quali ancora in fase di approvazione – elaborate in specifica risposta al massiccio afflusso di migranti richiedenti protezione internazionale giunti in Europa attraverso il Mediterraneo, che prendono le mosse dagli obiettivi dell'Agenda europea sulla migrazione del maggio 2015 poco sopra menzionata.

Già il 27 maggio 2015, la Commissione aveva proposto di attivare – per la prima volta nella storia dell'Unione europea – il meccanismo di misure tempo-

tobre 1999); il c.d. programma dell'Aia su uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (allegato alle conclusioni della Presidenza europea al vertice di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004); il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, adottato il 16 ottobre 2008; e il c.d. programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio il 10 dicembre 2009 per il periodo 2010-2014.

⁴⁹ Cfr. Regolamento n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che istituisce il Fondo asilo, migrazione e integrazione, che modifica la Decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la Decisione 2007/435/CE del Consiglio; Regolamento n. 514/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 recante disposizioni generali sul Fondo asilo, migrazione e integrazione e sullo strumento di sostegno finanziario per la cooperazione di polizia, la prevenzione e la lotta alla criminalità e la gestione delle crisi; Regolamento n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del Regolamento n. 604/2013 e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il Regolamento n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; Regolamento n. 604/2013 del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione); Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale; Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; Regolamento n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo; Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

ranee di emergenza previsto dall'art. 78, par. 3, TFUE a beneficio di Grecia e Italia, per far fronte all'eccezionale pressione sulla capacità dei due Stati di trattare le decine di migliaia di domande di protezione internazionale dei migranti e di fornire condizioni di accoglienza adeguate e prospettive di integrazione a persone in evidente bisogno di protezione internazionale⁵⁰. La proposta è stata adottata dal Consiglio il 14 settembre 2015⁵¹. La relativa decisione a beneficio di Grecia e Italia ha previsto la ricollocazione nel territorio degli altri Stati membri di un totale di 40.000 persone in evidente bisogno di protezione internazionale che hanno presentato la relativa domanda nei due Stati oggetto delle misure di emergenza: nello specifico, 24.000 richiedenti dall'Italia e 16.000 richiedenti dalla Grecia. È previsto che la ricollocazione avvenga sulla base di chiavi di distribuzione che non prendono in considerazione i due Stati membri beneficiari⁵². Gli altri Stati membri, a intervalli regolari e almeno ogni tre mesi, indicano quanti richiedenti sono in grado di ricollocare rapidamente sul loro territorio e conservano il diritto di rifiutare la ricollocazione del richiedente solo qualora sussistano fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico⁵³.

La decisione si applica solo alle persone arrivate nel territorio greco o italia-

⁵⁰ COM(2015) 286 final.

⁵¹ Decisione 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. In precedenza, gli Stati membri che affrontavano situazioni di particolare pressione ricevevano assistenza finanziaria: aiuti di emergenza dal Fondo europeo per i rifugiati fino al 2014 (cfr. Decisione n. 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo europeo per i rifugiati per il periodo 2008-2013, nell'ambito del programma generale "Solidarietà e gestione dei flussi migratori" e che abroga la Decisione 2004/904/CE del Consiglio) e aiuti provenienti dal Fondo Asilo, migrazione e integrazione a partire dal 2014 (cfr. Regolamento n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la Decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la Decisione 2007/435/CE del Consiglio).

⁵² Le chiavi di distribuzione fanno riferimento sia alla capacità di assorbimento degli Stati membri sia alla loro capacità di integrazione, tenuto conto di fattori come la popolazione, il PIL, il numero di domande di asilo ricevute e i posti di reinsediamento già offerti negli ultimi anni, nonché il tasso di disoccupazione.

⁵³ Decisione 2015/1523 cit., art. 5, parr. 2 e 7. La decisione riguarda in linea di principio tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Attualmente, sono 26 gli Stati membri che partecipano a pieno titolo allo spazio Schengen: si tratta di 22 Stati membri più Norvegia, Islanda, Svizzera e Liechtenstein (che hanno lo *status* di Stati associati). L'Irlanda e il Regno Unito non hanno aderito alla convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, ma hanno la possibilità di decidere di applicare (*opt in*) determinate parti dell'*acquis* di Schengen, pertanto parteciperanno alla decisione in questione solo se decideranno di farlo. La Danimarca, pur facendo parte di Schengen, beneficia della possibilità di decidere di non applicare (*opt out*) la decisione in questione e non parteciperà. Gli Stati associati non sono tenuti a partecipare al meccanismo di ricollocazione di emergenza, ma possono aderirvi volontariamente.

no a decorrere dal 16 settembre 2015, nonché ai richiedenti giunti in tali territori a decorrere già dal 15 agosto 2015⁵⁴. Sono soggetti a ricollocazione solo i richiedenti per i quali l'Italia e la Grecia sarebbero comunque competenti a esaminare la domanda di protezione internazionale⁵⁵. Inoltre, a beneficiare della ricollocazione sono solo i richiedenti appartenenti a nazionalità per le quali “la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale, in base agli ultimi dati medi trimestrali Eurostat aggiornati disponibili per tutta l'Unione, è pari o superiore al 75% delle decisioni sulle domande di protezione internazionale adottate in primo grado secondo le procedure di cui al capo III della Direttiva 2013/32/UE. Nel caso degli apolidi vale il paese di precedente residenza abituale”⁵⁶. La procedura di ricollocazione deve essere completata “il più rapidamente possibile” e comunque entro termini stretti, indicati nella decisione; se la ricollocazione non avviene entro il termine né risulta accordata una proroga allo Stato membro di ricollocazione, Grecia e Italia restano competenti per l'esame della domanda di protezione internazionale del richiedente⁵⁷.

La decisione del 14 settembre 2015 contempla obblighi specifici nei riguardi dei richiedenti che sono oggetto di ricollocazione in un altro Stato membro, come l'obbligo di fornir loro informazioni – in una lingua comprensibile al richiedente o “che ragionevolmente si suppone lo sia” – sulla procedura di ricollocazione prima che la relativa decisione sia presa, nonché – per iscritto – sulla decisione stessa e prima dell'effettiva ricollocazione, con la specificazione dello Stato membro di ricollocazione. Si tratta di previsioni minime, di fatto finalizzate soltanto a far sapere a una persona che cosa le sta succedendo e dove sarà consegnata, ma che non comportano alcuna possibilità di scelta da parte del richie-

⁵⁴ *Ibidem*, art. 13, par. 3.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 3, par. 1. Il Regolamento n. 604/2013 rimane quindi applicabile nei confronti dei richiedenti presenti in Italia e in Grecia, compresi quelli con un tasso di riconoscimento superiore al 75%, per i quali sarebbe competente un altro Stato membro, in base a uno dei criteri oggettivi stabiliti nello stesso strumento (ad esempio, la presenza di familiari in un altro Stato membro). Tali richiedenti verrebbero così trasferiti negli altri Stati membri in applicazione del regolamento, e non in base alle misure contenute nella decisione. Al tempo stesso, il regolamento in questione rimarrebbe applicabile anche ai richiedenti che non sono stati ricollocati secondo le misure temporanee e che gli altri Stati membri possono rinviare in Italia. Diversa è la situazione per la Grecia, verso la quale gli Stati membri hanno sospeso i trasferimenti in seguito alle sentenze 21 gennaio 2011 della Corte Europea dei Diritti Umani nella causa *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (Ricorso n. 30696/2009) e 21 dicembre 2011 della Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause riunite *N.S. e altri c. Regno Unito* (procedimenti riuniti C-411/10 e C-493/10), che hanno individuato l'esistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in Grecia.

⁵⁶ *Ibidem*, art. 3, par. 2. Stando ai dati attuali Eurostat, le nazionalità che godono del più alto tasso di riconoscimento del diritto a beneficiare di protezione internazionale all'interno dell'Unione europea sono quella siriana, irachena ed eritrea.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 5, par. 10.

dente⁵⁸. È comunque previsto il diritto di essere ricollocati con i propri familiari nello stesso Stato membro di ricollocazione, considerando anche in primo luogo l'interesse superiore del minore⁵⁹. Lo Stato membro di ricollocazione riceve una cifra forfettaria di 6.000 euro per ciascuna persona ricollocata sul suo territorio⁶⁰. La decisione si applica fino al 17 settembre 2017, quindi la ricollocazione dei primi 40.000 richiedenti protezione internazionale negli Stati membri dovrebbe avvenire in un periodo di due anni⁶¹.

Il 9 settembre 2015, a seguito dell'afflusso massiccio di migranti registrato durante l'estate, la Commissione aveva proposto un'ulteriore decisione del Consiglio che istituisse misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio non più soltanto dell'Italia e della Grecia, ma anche dell'Ungheria⁶².

L'Ungheria si è pronunciata contro la proposta (che è stata adottata a maggioranza qualificata dal Consiglio), preferendo l'opzione delle barriere di separazione per centinaia di chilometri ai confini con Croazia, Serbia e Slovenia, e pertanto non è divenuta destinataria delle misure secondo l'originaria elaborazione della Commissione. La proposta modificata – che pertanto riguarda, ancora una volta, solo Grecia e Italia – è stata adottata dal Consiglio il 22 settembre 2015⁶³. I due Stati hanno quindi ricevuto la richiesta di notificare al Consi-

⁵⁸ Le misure di ricollocazione previste dalla decisione comportano una deroga temporanea al criterio di cui all'art. 13, par. 1, del Regolamento n. 604/2013 e alle fasi procedurali, compresi i termini, di cui agli artt. 21, 22 e 29 del medesimo strumento. Le garanzie giuridiche e procedurali previste dal Regolamento n. 604/2013, compreso il diritto a un ricorso effettivo, restano comunque applicabili ai richiedenti protezione internazionale. Considerando che ai sensi della legislazione dell'Unione europea il richiedente non ha il diritto di scegliere lo Stato membro competente per l'esame della sua domanda, è importante che egli abbia il diritto a un ricorso effettivo contro la decisione di ricollocazione, per garantire il rispetto dei suoi diritti fondamentali. L'art. 27 del Regolamento n. 604/2013 stabilisce a questo proposito che gli Stati membri possono prevedere nel proprio diritto nazionale che il ricorso contro la decisione di trasferimento non sospenda automaticamente il trasferimento del richiedente, ma che all'interessato sia offerta la possibilità di chiedere di sospendere l'esecuzione della decisione di trasferimento in attesa dell'esito del ricorso.

⁵⁹ Decisione 2015/1523 cit., art. 6.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 10.

⁶¹ *Ibidem*, art. 13, par. 2.

⁶² COM(2015) 451 final. Nella relazione che ha accompagnato la proposta, la Commissione ha rilevato che tra il 1° gennaio e il 31 luglio del 2015 la Grecia ha ricevuto 7.475 domande di protezione internazionale, cioè un aumento del 30% rispetto allo stesso periodo del 2014 (5.740 domande). Durante lo stesso periodo, l'Italia ha ricevuto 39.183 domande di protezione internazionale e l'Ungheria ne ha ricevute 98.072, registrando rispettivamente un aumento del 27% (30.755) e addirittura del 1290% (7.055) rispetto al 2014.

⁶³ Decisione 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. Il Consiglio stesso ha rilevato che, a causa dell'instabilità e dei conflitti costanti nel vicinato diretto dei due Stati, è molto probabile che i sistemi di asilo e migrazione di Grecia e Italia continueranno a subire una pressione significativa e crescente, con una percentuale significativa di migranti potenzialmente bisognosi di protezione internazionale.

glio e alla Commissione, entro il 26 ottobre 2015, una tabella di marcia diretta a migliorare le proprie capacità nei settori di asilo, prima accoglienza e rimpatrio che tenesse conto anche di questa ulteriore decisione⁶⁴.

Quest'ultima prevede l'ulteriore ricollocazione di 120.000 richiedenti da Italia e Grecia nel territorio di altri Stati membri entro il 26 settembre 2017, con priorità riconosciuta ai richiedenti vulnerabili ai sensi degli artt. 21 e 22 della Direttiva 2013/33/UE⁶⁵. La decisione si applica alle persone arrivate in territorio greco o italiano a decorrere dal 25 settembre 2015 e ai richiedenti giunti in tali Stati a decorrere già dal 24 marzo 2015. Le procedure, gli obblighi riconosciuti nei riguardi dei richiedenti e il sostegno finanziario previsto per gli Stati membri di ricollocazione sono identici o simili a quelli previsti nella decisione precedente. La Germania è lo Stato membro che provvederà alla ricollocazione del numero maggiore di richiedenti protezione internazionale rispetto agli altri Stati membri dell'Unione europea.

Nelle relazioni di accompagnamento alle proposte poi adottate dal Consiglio, la Commissione ha sostenuto che le misure temporanee di emergenza renderanno più effettivo il diritto di asilo e garantiranno la protezione dal respingimento, ricollocando molti dei richiedenti protezione internazionale da Stati membri che non riescono a far fronte alle relative domande verso Stati membri che possono invece meglio garantire accoglienza e prospettive di integrazione. La Commissione ha inoltre sostenuto che le misure in questione tutelano il diritto all'unità familiare e i diritti del minore, in linea con gli artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e garantiscono il rispetto del diritto alla dignità e la protezione contro la tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti, conformemente agli artt. 1 e 4 dello stesso strumento. Secondo la Commissione, infine, il sistema di risposta di emergenza previsto nelle due decisioni richiamate preannuncerebbe una soluzione duratura e, entro la fine del 2015, la stessa Commissione auspica l'avvio a livello legislativo di un sistema permanente di ricollocazione da attivare in situazioni di crisi. L'Italia ha provveduto alla prima ricollocazione il 9 ottobre 2015, con il trasferimento in Svezia di 19 persone di nazionalità eritrea⁶⁶. Tuttavia, fino a oggi i posti messi a disposizione dagli Stati

⁶⁴ *Ibidem*, art. 8, par. 1.

⁶⁵ Tale strumento è citato nella nota. Il numero di 120.000 corrisponde a circa il 43% del numero totale di cittadini di paesi terzi in evidente bisogno di protezione internazionale entrati irregolarmente in Grecia e in Italia nel luglio e agosto 2015. La decisione prevede la ricollocazione di 15.600 richiedenti dall'Italia e di 50.400 richiedenti dalla Grecia. A un anno dall'entrata in vigore della decisione stessa, altri 54.000 richiedenti dovrebbero essere ricollocati proporzionalmente da entrambi gli Stati membri.

⁶⁶ COM(2015) 510 final, Annex 3, 14 ottobre 2015. Il documento rileva, tra le altre cose, che "Italy has identified dedicated centres for persons who are eligible for relocation. One in Villa Sikania is already operational, with EASO staff available to undertake the relocation interviews. Two others in Crotone and Bari need to be made operational without delay".

membri sono 3.246 sul totale dei 160.000 previsti dalle due misure citate; e i ricollocamenti effettuati da Grecia e Italia attualmente ammontano ad appena 130:

“se si va avanti con questo ritmo si finisce nel 2101” ha detto [il Presidente della Commissione europea] Juncker, che non ha nascosto di sentirsi “del tutto insoddisfatto” per come stanno andando le cose”⁶⁷.

Il Parlamento europeo – che, come sopra ricordato, partecipa solo in funzione consultiva all’adozione delle misure di cui all’art. 78, par. 3, TFUE – ha informato il Consiglio che la sua approvazione relativa all’ulteriore ricollocazione di 120.000 richiedenti da Grecia e Italia⁶⁸ lascia impregiudicata la posizione che il Parlamento stesso assumerà successivamente in merito alla recente proposta della Commissione di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di ricollocazione di crisi e che modifica il Regolamento n. 604/2013⁶⁹. La proposta in questione è quella che – come appena sopra ricordato – intende introdurre nel Regolamento n. 604/2013 del 26 giugno 2013 (c.d. Regolamento di Dublino III) un sistema europeo permanente di ricollocazione. Le misure previste, tuttavia, sarebbero applicate con riferimento a specifiche situazioni di crisi in un determinato Stato membro e rimarrebbero comunque, per definizione, temporanee.

In tema di migrazione via mare e al fine di meglio valutare le recenti operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime esterne gestite dall’Unione europea, è importante anche ricordare che la Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione, c.d. Direttiva Asilo)⁷⁰, prevede che gli Stati membri assicurino sempre una rapida registrazione di tutte le domande di asilo e forniscano tutte le pertinenti istruzioni sulle modalità e sulle sedi per presentare l’istanza alle persone che necessitano di protezione internazionale. In particolare, “ove tali persone si trovino nelle acque territoriali di uno Stato membro, è opportuno che siano sbarcate sulla terra ferma e che ne sia esaminata la domanda ai sensi della presente direttiva”⁷¹. A questo proposito, anche l’UNHCR aveva nel 2010 evidenziato che

⁶⁷ LANCARI, *Africa amara per Bruxelles*, in *Il Manifesto*, 13 novembre 2015, p. 2.

⁶⁸ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 settembre 2015 sulla proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia, della Grecia e dell’Ungheria.

⁶⁹ COM(2015) 450 final.

⁷⁰ V. anche decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142.

⁷¹ Ventiseiesimo considerando della direttiva. Cfr. anche artt. 6 e 8.

In general the carrying out of full RSD [refugee *status* determination] procedures onboard maritime vessels will not be possible, as there can be no guarantee of reception arrangements and/or asylum procedures in line with international standards⁷².

La Commissione ha di recente formulato anche una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un elenco comune dell'Unione europea di "paesi di origine sicuri" ai fini della direttiva appena menzionata e che contiene delle modifiche alla stessa⁷³. Quest'ultima consente già agli Stati membri di applicare specifiche norme procedurali nella valutazione delle domande di asilo, in particolare procedure accelerate e svolte direttamente alle frontiere, se il richiedente è cittadino di un paese – o apolide in relazione a un paese terzo di precedente residenza abituale – che è stato designato come "paese di origine sicuro" dal diritto nazionale e che, inoltre, può essere considerato sicuro per il richiedente in funzione delle sue particolari circostanze⁷⁴. Non tutti gli Stati membri hanno adottato elenchi nazionali di paesi di origine sicuri. Gli elenchi nazionali esistenti, inoltre, presentano divergenze che derivano, a seconda dei casi, da differenze nella valutazione della sicurezza di taluni paesi terzi ovvero da differenze nella natura dei flussi di cittadini di paesi terzi verso quel particolare Stato membro. Attualmente, l'ordinamento dell'Unione europea non dispone di un elenco comune europeo di paesi di origine sicuri: la proposta della Commissione mira proprio a istituire un siffatto elenco comune europeo, sulla base dei criteri comuni

⁷² UNHCR, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, novembre 2010, par. 56. L'UNHCR ha aggiunto che "At the same time, other procedural requirements – such as access to legal assistance, allowing sufficient time to prepare asylum claims, providing a reasoned decision in writing, and allowing an independent appeal of any negative decision with suspensive effect – remain applicable for on-board RSD. Trained, professional asylum experts would be required on-board, as it is not appropriate for RSD to be carried out by border or coastguard officials. Trained translators or interpreters may also be necessary", *ibidem*, par. 58.

⁷³ COM(2015) 452 final.

⁷⁴ La Direttiva 2013/32/UE stabilisce criteri comuni per la designazione dei paesi terzi di origine sicuri da parte degli Stati membri nel suo allegato I: "Un paese è considerato paese di origine sicuro se, sulla base dello *status* giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni quali definite nell'art. 9 della Direttiva 2011/95/UE, né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. Per effettuare tale valutazione si tiene conto, tra l'altro, della misura in cui viene offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e/o nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e/o nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, in particolare i diritti ai quali non si può derogare a norma dell'art. 15, par. 2, di detta Convenzione europea; c) il rispetto del principio di "non-refoulement" conformemente alla convenzione di Ginevra; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà".

stabiliti nella Direttiva 2013/32/UE, sostenendo che esso faciliterebbe l'utilizzo da parte di tutti gli Stati membri delle procedure connesse all'applicazione del concetto di "paese di origine sicuro". L'elenco comune dell'Unione europea di paesi di origine sicuri è riportato nell'allegato I del regolamento proposto: la Commissione ritiene che l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, il Kosovo, il Montenegro, la Serbia e la Turchia debbano, in una prima fase, essere inclusi nell'elenco comune dell'Unione europea.

Seppure sia apprezzabile che la procedura rivolta all'istituzione di un siffatto elenco sia stata individuata in un atto legislativo dell'Unione europea – il regolamento – che viene adottato attraverso la codecisione di Consiglio e Parlamento europeo, e non già in intese informali intergovernative sulle quali sarebbe escluso anche il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea (in seguito: CGUE), la proposta è stata tuttavia soggetta alle critiche di chi teme che l'applicazione a livello europeo del concetto di "paese di origine sicuro" possa comunque offrirsi a possibili violazioni dei diritti umani, se non verrà accompagnata da specifiche garanzie a tutela del richiedente⁷⁵. Il concetto di "paese di origine sicuro" consente infatti agli Stati membri di esaminare sommariamente la domanda di asilo di una persona ed esclude automaticamente il diritto di restare nel territorio dello Stato membro anche nelle pendenze di un ricorso avverso la relativa decisione, laddove il rifiuto di concedere l'asilo sia avvenuto in considerazione della provenienza del richiedente da un "paese di origine sicuro". La presunzione automatica che il richiedente non debba temere nulla laddove fosse rinvio al suo paese di origine, considerato "sicuro" in base a requisiti prestabiliti in via generale, potrebbe aprire la strada a respingimenti di fatto, conseguenti a valutazioni sommarie delle domande di protezione internazionale che non tengono conto della situazione individuale del richiedente. È pertanto auspicabile che la nuova iniziativa della Commissione offra l'occasione per perfezionare, sotto il profilo della tutela dei diritti umani dei soggetti in evidente bisogno di protezione internazionale, il concetto di "paese di origine sicuro" e la sua applicazione in concreto.

Ulteriori perplessità suscita l'iniziativa – parimenti annunciata dalla Commissione nell'Agenda europea sulla migrazione – di istituire dei "punti di accesso" (*hotspot*) alle frontiere esterne dell'Unione europea, in quegli Stati membri nei quali l'afflusso dei migranti è più elevato. Dal momento che, come già ricordato, tale afflusso è misto, cioè comprende sia persone che necessitano di protezione internazionale sia c.d. "migranti economici"⁷⁶, i "punti di accesso" citati – se-

⁷⁵ Meijers Committee, CM1515, *Note on an EU List of Safe Countries of Origin – Recommendations and Amendments*, 5 ottobre 2015.

⁷⁶ Il "migrante economico" si distinguerebbe dal richiedente protezione internazionale per il fatto che il primo parte per scelta, mentre il secondo lo fa per necessità. L'elaborazione di questa distinzione, oggi molto sfruttata nel settore della pubblica informazione, risale a KUNZ, *The Refugee in Flight*:

condo la Commissione – servirebbero a concentrare tutte le persone in un solo luogo per procedere più celermente alla loro identificazione, registrazione e archiviazione delle impronte digitali. L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani ha già ammonito che i centri deputati a costituire “punti di accesso” possono comportare il rischio di violare i diritti umani, laddove diventino, in realtà, dei centri di detenzione temporanea “mascherati”⁷⁷.

Allo stato attuale, l'Italia ha identificato sei “punti di accesso”, sebbene non siano già tutti operativi. Informando il Parlamento europeo e il Consiglio su quanto rimane da attuare in tema di “punti di accesso”, la Commissione ha rilevato, fra le altre cose, che

The Italian authorities should issue further guidance on the proportionate use of force in cases migrants refuse identification, on the basis of the indications issued by the Commission⁷⁸.

Da ultimo, nell'analisi che seguirà, è utile tenere a mente la Raccomandazione della Commissione dell'8 giugno 2015 relativa a un programma di reinsediamento europeo⁷⁹. Lo strumento si collega all'impegno espresso dal Consiglio nell'aprile 2015 di istituire un primo progetto pilota volontario in materia di reinsediamento in tutta l'Unione europea che offra posti a persone ammissibili alla protezione⁸⁰. Il “reinsediamento” è il trasferimento di singoli profughi con

Kinetic Models and Forms of Displacement, in *The International Migration Review*, 1973, vol. 7, n. 2, pp. 125-146. Dal punto di vista giuridico, la differenza tra le due figure consiste essenzialmente nel fatto che il migrante economico gode – almeno in astratto – della protezione del proprio paese di origine, mentre il rifugiato chiederà la protezione di un paese diverso dal suo.

⁷⁷ In previsione della riunione dell'8 e 9 ottobre 2015 del Consiglio ‘Giustizia e affari interni’, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Zeid Ra'ad Al Hussein, ha ammonito: “These ‘hotspots’ seem to be conceived not simply as a means of registering new arrivals, but also as a way of preventing them from moving further until it is decided whether they are in need of international protection or should be returned. While we welcome the efforts of the EU to offer support to the frontline Member States receiving large numbers of migrants, States must ensure that these ‘hotspots’ are not, in effect, detention centers in disguise. Italy and Greece have both reduced the use of immigration detention. It is important to guard against a return to, or expansion of, a practice which is fraught with human rights concerns centred on the legality and conditions of detention. I urge the EU and its individual Member States to avoid the ugly spectre of arbitrary or prolonged detention of people who are not criminals, and to ensure the adoption of human rights-based alternatives to detention”, Statement of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *EU migration policy will fail unless comprehensive and grounded in human rights*, Ginevra, 6 ottobre 2015.

⁷⁸ COM(2015) 510 final, Annex 3, 14 ottobre 2015.

⁷⁹ COM(2015) 3560 final.

⁸⁰ Dichiarazione del Consiglio dell'Unione europea del 23 aprile 2015, EUCO 18/15, punto 3, lett. q). L'impegno è stato assunto anche in considerazione del fatto che il numero dei richiedenti asilo nell'Unione europea nel 2014 ha raggiunto il picco di 626.000 persone, con il reinsediamento di circa 6.380 cittadini di paesi terzi bisognosi di protezione internazionale.

evidente bisogno di protezione internazionale, effettuato su richiesta dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (in seguito: UNHCR, acronimo inglese), da un paese terzo in uno Stato membro consenziente, allo scopo di proteggere tali persone dal respingimento e di riconoscere loro il diritto al soggiorno e tutti gli altri diritti analoghi a quelli riconosciuti ai beneficiari di protezione internazionale⁸¹. La Commissione ha raccomandato che gli Stati membri reinsedino 20.000 persone bisognose di protezione internazionale sulla base di determinate condizioni e chiavi di distribuzione, nell'arco di due anni a partire dalla data di adozione della raccomandazione⁸². È previsto che le regioni prioritarie per il reinsediamento comprendano il Nord Africa, il Medio Oriente e il Corno d'Africa⁸³. La raccomandazione della Commissione ha ricevuto un seguito positivo alla riunione delle delegazioni degli Stati membri in seno al Consiglio del 20 luglio 2015⁸⁴. Il processo di reinsediamento consentirebbe di evitare che decine di migliaia di profughi si affidino a reti criminali di trafficanti – nonché, per quanto qui interessa, di evitare che essi prendano il mare, con tutti i rischi che la traversata mediterranea presenta – e costituisce un'opportunità, da più parti auspicata, di accogliere i richiedenti asilo in condizioni di sicurezza e legalità⁸⁵.

3. *La posizione dell'Unione europea rispetto all'operazione italiana Mare Nostrum*

L'operazione *Mare Nostrum* è stata un'operazione militare finalizzata a contrastare il traffico di migranti e a condurre attività di ricerca e soccorso in mare – quindi un'operazione anche a carattere umanitario – svolta sotto il comando della Marina Militare italiana. L'operazione era stata avviata il 18 ottobre 2013 per fronteggiare lo stato di emergenza umanitaria nello Stretto di Sicilia e si è conclusa il 31 ottobre 2014. L'iniziativa aveva preso avvio a seguito del noto naufragio che il 3 ottobre 2013, a poche miglia dal porto di Lampedusa, aveva causato 366 annegati accertati e una ventina di scomparsi presunti.

Pochi giorni dopo il naufragio, il Commissario europeo per gli affari interni aveva in realtà auspicato qualcosa di diverso dall'avvio unilaterale di un'operazione nazionale di ricerca e soccorso in mare:

⁸¹ COM(2015) 3560 final, par. 2.

⁸² *Ibidem*, parr. 1 e 4.

⁸³ *Ibidem*, par. 6.

⁸⁴ *Conclusions of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on resettling through multilateral and national schemes 20,000 persons in clear need of international protection*, doc. 11130/15, 22 luglio 2015.

⁸⁵ La proposta ben si sposa con le considerazioni del generale Saverio Capolupo, sopra riportate (cfr. *supra*, nota 3).

Today I have proposed to deploy an extensive Frontex search and rescue operation that will cover the Mediterranean from Cyprus to Spain. I have asked the Ministers to give their political support and to make the necessary resources available. Such an operation will help lead to quicker tracking, identifying and the rescuing of more vessels and boats. And therefore prevent the loss of lives at sea. (...). The first reactions from Member States are encouraging and we will now look at how we can define the operation in more detail. The Directorate-General for Home Affairs and Frontex will be working along with the Member States' authorities to swiftly address the needs and priorities in order to quickly move to the organisation of the operation⁸⁶.

L'iniziativa del Commissario europeo per gli affari interni di avviare un'operazione umanitaria congiunta degli Stati membri nel Mediterraneo non ha invece avuto mai alcun seguito.

Secondo le informazioni ufficialmente fornite dalla Marina Militare italiana, *Mare Nostrum* non rappresentò un'operazione nuova, derivando piuttosto dal potenziamento di una precedente missione denominata *Constant Vigilance*, già avviata nel 2004 dalla Marina Militare con una nave che incrociava permanentemente nello Stretto di Sicilia e con aeromobili da pattugliamento marittimo. L'operazione potenziata vide il coinvolgimento di personale e di mezzi navali e aerei di Marina Militare, Aeronautica Militare, Capitaneria di Porto, Carabinieri, Corpo militare della Croce Rossa italiana, Guardia di Finanza, Polizia di Stato e, in generale, di tutti i Corpi dello Stato italiano che concorrono al controllo dei flussi migratori via mare. Sempre secondo le informazioni pubblicamente disponibili, la missione di *Mare Nostrum* fu duplice: garantire la salvaguardia delle vite umane in mare, da un lato; e assicurare alla giustizia i trafficanti illegali di migranti, dall'altro. Oltre alle informazioni presenti sui siti istituzionali dei Ministeri coinvolti, non è tuttavia possibile rinvenire documenti relativi al piano operativo e alle regole di ingaggio per l'operazione, i cui elementi restano perciò sottratti a ogni valutazione. Nemmeno l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (in seguito: "FRONTEX" o "Agenzia") e la Commissione europea, stando a quanto riportato da fonti di Bruxelles, ebbero mai chiaro quanto previsto nel piano operativo di *Mare Nostrum*, un'operazione che evidentemente fu gestita attraverso decisioni e circolari interne ai Ministeri della difesa e dell'interno italiani:

It became clear from interviews [at the Commission, Directorate-General for Home Affairs,] that Frontex and the Commission were largely unaware of the launch of *Mare Nostrum*, in what they consider a clear unilateral member state action⁸⁷.

⁸⁶ European Commission MEMO/13/864, *Commissioner Malmström's intervention on Lampedusa during the Home Affairs Council press conference*, Lussemburgo, 8 ottobre 2013.

⁸⁷ Le interviste in questione furono condotte presso i due Direttorati Generali della Commissione europea per Affari interni e Affari marittimi da due ricercatori del Centro per gli Studi di Politica Europea (CEPS) di Bruxelles. Alcune interessanti valutazioni dei due ricercatori sono con-

Eppure, le comunicazioni istituzionali – successive solo di qualche settimana al naufragio di Lampedusa – sul lavoro della *Task Force Mediterranean* presieduta dalla Commissione europea⁸⁸ dimostrano che le attività svolte nell'ambito di *Mare Nostrum* risultarono fin da subito conosciute a livello europeo, se non negli specifici dettagli operativi, quantomeno a un livello tale da giustificare l'auspicio che operazioni simili fossero avviate anche da altri Stati membri:

National border surveillance efforts [...] could also include stepping up of Member States' operations following the example of the Italian initiative *Mare Nostrum*⁸⁹.

I meriti umanitari dell'iniziativa italiana furono quindi riconosciuti, a livello europeo, per l'efficacia delle relative operazioni di ricerca e soccorso in mare:

Italy started one of the most significant sea border patrolling and search and rescue programmes in the Mediterranean – *Mare Nostrum* – which contributed to saving thousands of lives since October 2013. Further engagement of Frontex in the Mediterranean is now under consideration on the basis of the discussions that took place in the *Task Force*⁹⁰.

L'efficacia dell'operazione italiana nel salvare vite umane si dimostrò in effetti assai elevata sia per la significativa quantità e per la tipologia di mezzi e di personale impiegati – circa 900 persone appositamente addestrate su navi militari con grande capacità di carico, mezzi da sbarco, gommoni a chiglia rigida, aerei ed elicotteri – sia per la particolare copertura spaziale delle attività di sorveglianza, che si estendevano oltre la zona contigua italiana avvicinandosi alle coste dalle quali partivano i migranti, riducendo di conseguenza la loro permanenza in mare e così tutti i rischi connessi a una più lunga traversata:

The area patrolled by [*Operation Mare Nostrum*], which measures about 43,000 km², extends south of Lampedusa along 400 nautical miles by 150 nautical miles in the eastern part, thus overlapping with the Maltese SAR zone south of Malta as well as with the Libyan SAR zone⁹¹.

tenute nel seguente contributo, del quale essi sono autori: CARRERA e DEN HERTOOG, *Whose Mare? Rule of Law Challenges in the Field of European Border Surveillance in the Mediterranean*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 79, 2015.

⁸⁸ La *Task Force Mediterranean* era stata istituita, sempre sull'onda dei tragici eventi di Lampedusa, in seguito alla riunione del 7 e 8 ottobre 2013 del Consiglio 'Giustizia e affari interni'.

⁸⁹ COM(2013) 869 final, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the work of the Task Force Mediterranean*, 4 dicembre 2013, pp. 16-17.

⁹⁰ SWD(2014) 173 final, Part 1/2, Commission Staff Working Document, *Implementation of the Communication on the Work of the Task Force Mediterranean*, 22 maggio 2014, p. 6.

⁹¹ Amnesty International, *Lives Adrift: Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, Londra, 2014, p. 23. Le informazioni furono raccolte da Amnesty International nel corso

Il riepilogo delle attività fornito dalla Marina Militare alla chiusura dell'operazione (31 ottobre 2014) riportò un totale di 439 interventi di ricerca e soccorso; 366 presunti scafisti fermati e consegnati all'autorità giudiziaria; 60 interventi sanitari (16 trasporti sanitari a mezzo elicottero e 44 assistenze sanitarie a bordo di unità di superficie); 15 ispezioni su mezzi navali sospetti di traffici illeciti; e 9 navi catturate (di cui 5 "navi madre"); per un totale di 156.362 persone soccorse in mare. Per sostenere un tale dispiegamento di forze, gli oneri finanziari furono ovviamente consistenti⁹².

Eppure, sorprendentemente, fu l'argomento relativo all'elevata quantità di vite salvate nell'operazione *Mare Nostrum*, prima ancora che rilievi di carattere economico, ad aprire presto la strada ad altre considerazioni. Era ovvio che, laddove l'operazione avesse raggiunto il suo precipuo obiettivo – quello di salvare vite in mare – gli approdi sulle coste italiane sarebbero aumentati. Ciò sempre in virtù del principio per cui chi non annega, non si smaterializza; e quindi, da qualche parte approda.

Nel corso del 2014, con l'afflusso di nuove decine di migliaia di migranti salvati nelle operazioni di ricerca e soccorso comandate dalla Marina Militare, l'iniziale entusiasmo per l'operazione umanitaria italiana lasciò gradualmente il posto a valutazioni sempre più distanti, che giunsero infine a riconsiderare sostanzialmente i meriti dell'operazione, trasformando *Mare Nostrum* da efficace risposta umanitaria a vera e propria concausa del fenomeno dei numerosi sbarchi. Il 6 ottobre 2014, nel Regno Unito, Lord Hylton formulò questa semplice interrogazione parlamentare:

To ask Her Majesty's Government what naval or air-sea rescue contribution they will make to prevent refugees and migrants drowning in the Mediterranean.

La risposta del governo di Sua Maestà, formulata dalla baronessa Anelay of St. Johns, fornì a tutti gli Stati membri la chiave di lettura decisiva per sottrarsi, da quel momento in poi, a complesse operazioni di natura umanitaria della portata di *Mare Nostrum*, offrendo la giustificazione per affidarsi a soluzioni diverse:

We do not support planned search and rescue operations in the Mediterranean. We believe that they create an unintended "pull factor", encouraging more migrants

di visite presso i luoghi italiani di più frequente sbarco e in occasione di colloqui con l'ammiraglio Mario Culcasi, al comando dell'operazione, presso il Comando delle Forze da Pattugliamento per la Sorveglianza e la Difesa Costiera (COMFORPAT) di Augusta. Nell'estate del 2014, un ricercatore di Amnesty International trascorse cinque giorni a bordo della nave *Virginio Fasan* per osservare le operazioni di ricerca e soccorso svolte nell'ambito di *Mare Nostrum*.

⁹² L'Unione europea, tramite i relativi programmi finanziari, allocò soltanto una parte dei fondi necessari all'operazione. Secondo le fonti di Amnesty International, che si riferiscono anche ai dati raccolti durante una conferenza stampa del Ministro della difesa italiano, il costo complessivo di *Mare Nostrum* fu di circa 9 milioni di euro al mese. *Ibidem*, p. 24.

to attempt the dangerous sea crossing and thereby leading to more tragic and unnecessary deaths. (...) ⁹³.

Anche FRONTEX, che all'indomani del naufragio di Lampedusa era stata costantemente evocata quale imminente protagonista in operazioni congiunte di Stati membri anche e soprattutto finalizzate a salvare le vite dei migranti, a circa un anno di distanza dall'avvio di *Mare Nostrum* non solo non aveva preso in alcun modo parte all'operazione umanitaria italiana, limitandosi – in virtù del suo immutato mandato – a gestire operazioni congiunte di diversa natura (*Hermes* e *Aeneas*) ⁹⁴, ma aveva anche fatto propria la stessa chiave di lettura secondo la quale operazioni umanitarie della portata di *Mare Nostrum* si sarebbero comunque soltanto prestate agli abusi dei trafficanti e all'aggravamento del fenomeno:

the number of trips and of persons has drastically increased with the launching of Mare Nostrum. I am afraid of saying it is a pull factor, but the smugglers have abused the proximity of this operation near to the Libyan coast to put more people in the sea with the assumption that they would be rescued very soon ⁹⁵.

Eppure, sebbene sia assolutamente possibile, anzi certo, che i trafficanti approfittino delle operazioni di salvataggio dei migranti ai propri fini – trattandosi di persone che lucrano sulla disperazione altrui, era anzi cosa scontata – è tuttavia ovvio che chi ragiona in questi termini, svalutando operazioni di ricerca e soccorso di persone su vasta scala con la giustificazione che si tratterebbe di un “fattore di attrazione” del fenomeno migratorio, perde di vista due questioni.

La prima è che ormai è stato ampiamente dimostrato da chi segue da molti anni e con attenzione il fenomeno – dall'UNHCR all'IOM a Amnesty International – che le persone disperate partono lo stesso, *Mare Nostrum* o meno. Quindi il problema è quello di salvarle o meno, non già quello – a monte – di sperare che non partano. Il settore delle risposte in emergenza non si presta a quest'ultimo auspicio: ovviamente, che potenziali migranti cambino idea e non partano è una prospettiva perseguibile soltanto attraverso interventi di diversa natura e complessità nei relativi paesi di origine. Ma i due settori – quello delle risposte in emergenza e quello degli interventi rivolti a neutralizzare il fenomeno

⁹³ I testi dell'interrogazione parlamentare e della relativa risposta sono pubblicamente consultabili al seguente indirizzo: <http://www.parliament.uk/written-questions-answers-statements/written-question/lords/2014-10-06/HL1977>. Diversi membri del Parlamento italiano, incluso l'allora vice-Presidente del Senato, scelsero la medesima chiave di lettura esposta dalla baronessa britannica, con formulazioni solo meno raffinate che non vale la pena richiamare.

⁹⁴ Di queste operazioni si tratta più avanti, nel presente contributo.

⁹⁵ Presentazione di Gil Arias-Fernández, Direttore esecutivo di FRONTEX, sul tema *Frontex Activities in the Mediterranean*, LIBE/ 8/01027, 4 settembre 2014 (il video della presentazione è disponibile sul sito istituzionale del Parlamento europeo).

alla radice – realisticamente non si escludono a vicenda ed è un errore trascurarne uno sperando che basti soltanto l'altro. Inoltre, occorre onestamente tener conto del dato di fatto, documentato con grafici relativi ai flussi migratori dal Capo di Stato Maggiore della Marina Militare in un'audizione innanzi alla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, che i flussi di arrivo erano iniziati a crescere in maniera evidente verso il nostro paese già prima dell'avvio dell'operazione umanitaria e vanno collegati non già alla prospettiva di poter trovare soccorso grazie alle navi di *Mare Nostrum*, ma realisticamente a fattori di forza globale e alle gravi crisi esplose in Eritrea, Siria e Libia, “zone di genocidi o dove ai ragazzi viene chiesto di fare il servizio militare a vita”⁹⁶. Sono quindi questi i fattori a cui bisogna innanzi tutto guardare per spiegare l'aumento dei flussi, tenendo anche comunque conto del fatto che l'immigrazione irregolare in Italia non costituisce un imprevisto improvviso, ma un fenomeno che interessa strutturalmente il nostro paese da almeno un ventennio.

La seconda questione persa di vista dalla baronessa britannica e da coloro che ne condividono il ragionamento è che dismettere operazioni come *Mare Nostrum*, pensando così di scoraggiare il fenomeno, equivale a sperare che il deterrente della paura (di annegare) faccia desistere delle persone dal fuggire a guerre e persecuzioni, il che non costituisce un atteggiamento diverso da quello di chi spera che il filo spinato faccia desistere delle persone disperate dall'attraversare un confine terrestre. E poiché i tempi del maniero fortificato circondato dal fossato pieno di coccodrilli sono plausibilmente passati, ci si aspetta che gli Stati membri di un'organizzazione regionale che si vanta di fondare i propri trattati sui valori di dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e rispetto dei diritti umani, nonché di voler addirittura promuovere i diritti umani nel resto del mondo⁹⁷, non si abbandonino a facili chiavi di lettura come quella appena menzionata.

È comunque fortemente percepibile, in tutti i documenti successivi all'estate del 2014, il distacco che l'Unione europea, anche attraverso FRONTEX, ha assunto nei confronti di un approccio a prevalente carattere umanitario riguardo al fenomeno dell'immigrazione via mare.

Lo stesso Commissario europeo per gli affari interni, che all'indomani del naufragio di Lampedusa annunciava come imminente “un'estesa operazione di

⁹⁶ L'audizione del Capo di Stato Maggiore della Marina Militare, ammiraglio di squadra Giuseppe De Giorgi, è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.radioradicale.it/scheda/421767/commissione-straordinaria-per-la-tutela-e-la-promozione-dei-diritti-umani>. L'intervento relativo al c.d. “pull factor” paventato dagli oppositori a *Mare Nostrum* inizia al minuto 14:18.

⁹⁷ Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Diritti umani e democrazia: quadro strategico e piano d'azione dell'Unione europea*, 11855/12, 25 giugno 2012. Nel Piano d'azione per i diritti umani e la democrazia (2015-2020) si sostiene che tra le priorità dell'Unione europea in materia di diritti umani vi è quella di promuovere “la libertà di lottare contro la discriminazione in tutte le sue forme”, “difendendo i diritti dei rifugiati e dei migranti”. Va da sé che sperare che la paura di annegare faccia desistere tali persone dalla traversata si pone in contrasto con questi obiettivi.

FRONTEX di ricerca e soccorso che avrebbe operato nel Mediterraneo da Cipro alla Spagna”, esattamente a un anno di distanza da quell’annuncio si ritrovò ad affermare qualcosa di sostanzialmente diverso:

It is clear that the *Triton* operation cannot and will not replace *Mare Nostrum*. The future of *Mare Nostrum* remains in any case an Italian decision. *Triton* will not affect the responsibilities of Member States in controlling their part of the EU’s external borders, and their obligations to the search and rescue of people in need. I am confident that Italy will continue to fulfill its European and international obligations and the European Commission stands ready to continue providing assistance to such initiatives⁹⁸.

Come in prosieguo si vedrà, le operazioni congiunte degli Stati membri dell’Unione europea considerano la ricerca e il soccorso in mare come attività solo “incidentali” nel perseguimento del diverso obiettivo primario consistente nella sorveglianza delle frontiere marittime esterne. Ciò è evidentemente diverso da quanto veniva annunciato nel 2013, quando il salvataggio delle vite in mare pareva invece costituire l’obiettivo essenziale. Le previsioni originarie vedevano FRONTEX coinvolta nell’operazione umanitaria, ovvero a capo di operazioni congiunte di simile portata. Invece, esercitando il diritto di accesso agli atti dell’Unione europea⁹⁹ e chiedendo a FRONTEX informazioni su

documents, including but not limited to letters and e-mails, sent to Frontex by the government of Italy or Italian administrations pertaining to the *Mare Nostrum* operation, including but not limited to requests for assistance, as well as any reply made by the Agency or another European institution to these documents

la risposta che si riceveva era la seguente:

Frontex is not in possession of documents pertaining to Italian national operation “*Mare Nostrum*”. The latter is an operation carried out by the Italian Navy, Frontex is not participating in *Mare Nostrum* in any way. (...). Contacts between the coordination structures of *Mare Nostrum* and Frontex-coordinated joint operation are limited to informal exchange during meetings¹⁰⁰.

A questo proposito, quanto mai emblematica è stata anche la polemica sorta nel luglio 2015 tra la Direzione esecutiva e il Comitato direttivo di FRONTEX, da un lato, e il Forum consultivo sui diritti fondamentali della stessa FRONTEX,

⁹⁸ *Statement by European Union Commissioner Cecilia Malmström on operation Triton*, Bruxelles, 7 ottobre 2014.

⁹⁹ Regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

¹⁰⁰ Risposta di FRONTEX dell’11 settembre 2014 a una richiesta di accesso agli atti dell’Unione europea.

dall'altro. Il Forum consultivo sui diritti fondamentali era stato istituito nel 2012 in base ai relativi emendamenti dello strumento istitutivo di FRONTEX¹⁰¹. In occasione del suo secondo rapporto annuale, relativo al 2014, l'organo consultivo in questione aveva espresso le seguenti valutazioni:

The Consultative Forum closely followed the discussions in the second quarter of 2014 in response to the discontinuation of the Italian search and rescue operation "Mare Nostrum" and the announcement by the Commission on the development of an enhanced Frontex-coordinated operation that was initially dubbed in the media "Frontex Plus".

In practice, Frontex merged two operations that were already being implemented in Italy (joint operations "Hermes" and "Aeneas") into a new joint operation named "Triton", which started on 1 November 2014. In line with Frontex's mandate, joint operation "Triton" aims at supporting Italy's border surveillance capacity. Its operational area is smaller than the one previously covered by "Mare Nostrum" and its resources more limited. Since then, the Italian authorities have continued to coordinate search and rescue activities in the area, often with the contribution of the assets deployed by Frontex under joint operation "Triton".

However, the Consultative Forum remained concerned about the obvious lack of a responsible and effective EU response in the Mediterranean, and highlighted its concerns regarding the limitations of joint operation "Triton" in the field of search and rescue at its meeting in October 2014¹⁰².

Il rapporto del Forum consultivo sui diritti fondamentali è stato pubblicato nel luglio 2015, ma in prima pagina compare una dichiarazione congiunta del Comitato direttivo e del Direttore esecutivo di FRONTEX, che recita come segue:

The annual report 2014 of the Consultative Forum was presented to the Management Board of Frontex during its 53rd meeting on 25-26 March 2015. Following the discussion on the annual report, the Management Board requested the Consultative Forum to redraft and clarify certain misunderstandings contained in the report.

As the annual report was not subject to amendments, the Management Board and Executive Director of Frontex deem it necessary to make the following written statement and express diverging opinions concerning certain contents of the report. (...)

The Management Board regrets that, under point 3.4.5 of the report, the Consultative Forum confuses the different natures of the national operation ("Mare Nostrum") and Frontex coordinated operation ("Triton"). The Management Board regrets

¹⁰¹ Art. 26-*bis* del Regolamento n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 recante modifica del Regolamento n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

¹⁰² Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, *Second Annual Report 2014*, par. 3.4.5.

that a well informed body such as the Consultative Forum could not contribute to a broader understanding of Frontex coordinated operations to the general public¹⁰³.

Eppure, è oggettivo che nessuna confusione poteva risultare dal linguaggio impiegato nel rapporto in questione – che giustamente non fu emendato – rispetto alla natura e alla gestione delle due operazioni, quella italiana e quella congiunta coordinata da FRONTEX. La preoccupazione del Forum consultivo sui diritti fondamentali, infatti, assai difficilmente poteva offrirsi a malintesi: semplicemente, le iniziative di FRONTEX nel settore della sorveglianza delle frontiere marittime esterne avviate nel 2014 erano lungi dal fornire le stesse garanzie in termini di salvataggio di vite umane invece previste dall'operazione italiana appena conclusa. L'estrema sensibilità di FRONTEX sulla questione della ricerca e del soccorso in mare era un sintomo evidente di un conflitto a livello di Unione europea che ha pervaso tutto il dibattito riguardante la nuova regolamentazione sulla sorveglianza delle frontiere marittime esterne, di cui anche in prosieguo si tratterà.

Il distacco assunto da quasi tutti gli Stati membri¹⁰⁴ – e da FRONTEX – rispetto a *Mare Nostrum* è poi, almeno in parte, plausibilmente ricollegabile anche alle falle nei sistemi di controllo italiani, che risultarono carenti riguardo all'applicazione del c.d. Regolamento di Dublino, soprattutto nel rilevamento sistematico delle impronte digitali dei migranti, che una volta soccorsi venivano lasciati proseguire verso il Nord Europa senza che fossero identificati e registrati, affinché chiedessero asilo in altri paesi.¹⁰⁵ Risale al dicembre 2015 una lettera di messa in mora ex art. 258 TFUE nei confronti dello Stato italiano da parte della Commissione europea, Direzione generale della migrazione e degli affari interni, per violazione del Regolamento n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del Regolamento n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il Regolamento n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (rifusione).

¹⁰³ *Ibidem*, Statement of the Management Board and Executive Director of Frontex on the Annual Report 2014 of the Consultative Forum.

¹⁰⁴ Di tutti gli Stati membri dell'Unione europea, soltanto la Slovenia partecipò all'operazione italiana con l'invio della nave *Triglav* e dei suoi 40 membri di equipaggio, stabilendo anche una squadra di collegamento presso il COMFORPAT.

¹⁰⁵ Cfr. *reportage* di TRINCIA, *L'Odissea dei migranti*, 15 maggio 2014, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.serviziopubblico.it/2014/05/lodissea-dei-migranti/>.

Resta invece privo di fondamento probatorio, almeno fino a oggi, l'argomento secondo il quale le operazioni come *Mare Nostrum* sarebbero pericolose perché tra i migranti via mare potrebbero nascondersi persone legate alla rete del terrorismo internazionale:

Per ciò che concerne gli scafisti-terroristi, questo è un tema di cui si parla, ma solo per ipotesi. Non abbiamo prove che tra gli scafisti si nascondano i terroristi. Almeno finora, non abbiamo avuto nessun caso documentato¹⁰⁶.

Piuttosto, in tema di violazioni, si configurano pesantissime criticità di provenienza ben diversa da quella di matrice terroristica e invece di impronta del tutto nostrana, non soltanto concernenti l'inadeguatezza dei centri di prima accoglienza italiani, notoriamente sovraffollati luoghi di abusi, insalubrità e violenze¹⁰⁷, ma anche relative a profitti da centinaia di milioni di euro legati a un sistema di appalti per la gestione dell'accoglienza inquinato da numerosi scandali e anche attualmente oggetto di indagini da parte della Procura della Repubblica¹⁰⁸.

Dopo i tragici naufragi dell'aprile 2015, ancora peggiori, in termini numerici, di quelli che determinarono lo Stato italiano ad avviare *Mare Nostrum* nel 2013¹⁰⁹, il Parlamento europeo, come già ricordato, ha auspicato l'avvio di una "energica e permanente operazione umanitaria europea di soccorso che, come *Mare Nostrum*, operi in alto mare, alla quale tutti gli Stati membri contribuiscano finanziariamente e con risorse materiali" e ha esortato l'Unione europea "a co-finanziare tale operazione". L'esortazione relativa a un'operazione umanitaria permanente europea di soccorso è però fino a oggi rimasta lettera morta.

¹⁰⁶ Così il comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, nell'audizione del 20 maggio 2015 dinnanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. Cfr. *supra*, nota 3. Anche il Capo di Stato Maggiore della Marina, ammiraglio di squadra Giuseppe De Giorgi, ha confermato di dubitare che un terrorista possa arrivare via mare, poiché le persone soccorse sono disperati che affrontano viaggi estenuanti.

¹⁰⁷ Cfr. sentenza 4 novembre 2014 della Corte Europea dei Diritti Umani, *Tarakbel c. Svizzera*, Ricorso n. 29217/2012, e sentenza 11 giugno 2012 del Tribunale amministrativo di Francoforte n. 1 L 1994/12.F.A.

¹⁰⁸ Cfr. *reportage* di COSENTINO, *Il grande business dei centri accoglienza: la loro gestione diventa una miniera d'oro*, 16 ottobre 2013, disponibile al seguente indirizzo: http://inchieste.repubblica.it/it/repubblica/rep-it/2013/10/16/news/clandestini_il_grande_business_da_lampedusa_a_roma-68743833/. Il settore delle gare di appalto per la gestione dei centri di prima accoglienza è protagonista dell'attuale inchiesta "Mafia Capitale".

¹⁰⁹ Il 18 aprile 2015, l'inabissamento di un'imbarcazione eritrea a circa 60 miglia dalle coste libiche provocò 20 vittime accertate, 28 superstiti e fino a 700 dispersi in mare (KINGSLEY, *700 migrants feared dead in Mediterranean shipwreck*, The Guardian, 19 aprile 2015). In un incidente avvenuto solo qualche giorno prima a circa 80 miglia a sud di Lampedusa, il bilancio dei dispersi in mare era ammontato a più di 400 persone (KINGSLEY, *Migrant boat disaster: rescue hopes led to sinking in Mediterranean*, The Guardian, 15 aprile 2015).

Si può concludere su questo punto necessariamente riconoscendo che, essendo incredibile che 28 Stati non riescano a fare insieme ciò che uno Stato ha fatto da solo in termini di salvataggio di vite umane, il rifiuto di considerare ricerca e soccorso obiettivi primari, degradandoli ad attività incidentali nel perseguimento del diverso obiettivo di sorveglianza delle frontiere, non può che essere ricollegato alla volontà degli Stati membri dell'Unione europea di risparmiare su costose operazioni umanitarie – ma quelle militari costeranno meno? – e di sperare che l'afflusso di migranti sulle coste europee sia di fatto ostacolato dagli esiti potenzialmente letali della traversata. Peccato che sperare che rifugiati e persone ammissibili ad altre forme di protezione internazionale non raggiungano le coste europee grazie al deterrente del rischio di annegamento – o peggio, convivere con la consapevolezza che essi annegheranno in molte altre decine di migliaia – sia contrario a tutti i principi di diritto sui quali si fondano gli strumenti richiamati in apertura al presente contributo, che a livello internazionale regolano la posizione del migrante in generale e del rifugiato in particolare.

4. *La gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea: alcune criticità*

La gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'Unione europea, incluse quelle marittime, è affidata a FRONTEX, che tuttavia non dispone di mezzi e personale propri, ma si affida a fondi stanziati appositamente dall'Unione europea e alla dotazione di mezzi – terrestri e aeronavali – messi a disposizione dai singoli Stati membri allo scopo di promuovere operazioni congiunte con altri Stati membri. La base giuridica relativa alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea è costituita dagli artt. 67 e 77 del TFUE, relativi, tra le altre cose, allo sviluppo di “una politica comune in materia di controllo delle frontiere esterne” che includa “il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne”, nonché l'instaurazione progressiva di un “sistema integrato di gestione delle frontiere esterne”. Lo sviluppo di una politica comune in questa materia ha subito un'evoluzione lenta e progressiva nell'ambito dell'Unione europea, partendo da soluzioni di derivazione esclusivamente nazionale fino ad arrivare a misure di cooperazione fra gli Stati membri. Uno degli elementi decisivi nel corso di tale evoluzione è stata proprio l'istituzione di FRONTEX, divenuta operativa nel 2005 in virtù del Regolamento n. 2007/2004 del Consiglio dell'Unione europea¹¹⁰. Quest'ultimo

¹¹⁰ Regolamento n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. Tale strumento è stato parzialmente emendato dal Regolamento n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un meccanismo per la crea-

strumento, che descrive il mandato di FRONTEX, fa salva la competenza degli Stati membri in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne, affidando all'Agenzia il compito di rendere più efficace l'applicazione delle misure dell'Unione europea relative alla gestione delle frontiere esterne garantendo il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri. Il Regolamento n. 2007/2004, inoltre, prevede che FRONTEX promuova la solidarietà fra gli Stati membri e fornisca alla Commissione europea e agli stessi Stati il sostegno tecnico e le conoscenze specialistiche necessari per la gestione delle frontiere esterne.

Il Regolamento n. 2007/2004 è stato incisivamente emendato dal Regolamento n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio¹¹¹, con il quale le previsioni originarie riguardanti il funzionamento di FRONTEX sono state integrate inserendo – per quanto qui interessa – un esplicito riferimento al rispetto dei diritti umani, prima mancante. In particolare, con gli emendamenti del 2011 è stato chiarito che lo sviluppo di una politica migratoria europea sia fondata anche sui diritti dell'uomo¹¹²; che era opportuno rivedere il mandato originario di FRONTEX al fine di assicurare che tutte le misure adottate siano proporzionate agli obiettivi perseguiti e rispettino pienamente i diritti fondamentali e i diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo, in particolare il divieto di respingimento¹¹³; che FRONTEX dovrebbe offrire una formazione a livello europeo, anche sui diritti fondamentali, sull'accesso alla protezione internazionale e alle procedure in materia di asilo, per gli istruttori del corpo nazionale delle guardie di frontiera degli Stati membri¹¹⁴; che, per quanto concerne il rimpatrio di cittadini di paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri, non dovrebbero essere mobilitate risorse finanziarie dell'Unione europea per attività o operazioni non conformi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹⁵; e che l'instaurazione di una cooperazione con i paesi terzi in materia di gestione delle frontiere esterne è importante, tra le altre cose, anche per promuovere le norme dell'Unione europea sul rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana¹¹⁶.

zione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il Regolamento n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati.

¹¹¹ Regolamento n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 recante modifica del Regolamento n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

¹¹² Regolamento n. 1168/2011, primo considerando.

¹¹³ *Ibidem*, nono considerando.

¹¹⁴ *Ibidem*, diciottesimo considerando.

¹¹⁵ *Ibidem*, ventesimo considerando.

¹¹⁶ *Ibidem*, ventiduesimo considerando.

Il Regolamento n. 1168/2011, a differenza del precedente, esplicitamente afferma di rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi riconosciuti, in particolare, dal TFUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente la dignità umana, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale¹¹⁷, il diritto di asilo, il principio di non respingimento, il principio di non discriminazione, i diritti del minore e il diritto a un ricorso effettivo¹¹⁸. È altresì affermato che l'eventuale uso della forza dovrebbe essere conforme al diritto interno dello Stato membro ospitante, compresi i principi di necessità e proporzionalità¹¹⁹. Le nuove previsioni del 2011, a differenza di quelle del 2004, comprendono anche una clausola di non pregiudizio dei diritti e degli obblighi degli Stati membri ai sensi della CNUDM, della Convenzione SOLAS, della Convenzione SAR e della Conv. Rif.¹²⁰. Previsioni innovative sono anche consistite nell'aver inserito nel mandato di FRONTEX l'elaborazione e lo sviluppo di una Strategia in materia di diritti fondamentali, nonché l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio sul rispetto dei diritti fondamentali in tutte le attività dell'Agenzia. A questo riguardo, è stato incaricato un Responsabile per i diritti fondamentali e istituito un Forum consultivo sui diritti fondamentali. È previsto che il primo trasmetta periodicamente dei rapporti al secondo e al Comitato direttivo di FRONTEX, contribuendo – secondo il regolamento – al meccanismo di monitoraggio sul rispetto dei diritti fondamentali nelle attività dell'Agenzia¹²¹.

Per quanto qui interessa, attualmente tra i compiti principali di FRONTEX vi è quello di assistere gli Stati membri in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa alle frontiere esterne, in particolare quegli Stati che fanno fronte a pressioni specifiche o sproporzionate, “tenendo conto del fatto che alcune situazioni possono comportare emergenze umanitarie e il soccorso in mare”¹²². Si noti che la “ricerca” di persone in mare, propedeutica in molti casi al soccorso, non è menzionata nel mandato di FRONTEX e già fa

¹¹⁷ Per questo aspetto v., tra gli altri, KARANJA, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-operation*, Leiden-Boston, 2008.

¹¹⁸ Per un'analisi delle attività di FRONTEX alla luce del diritto internazionale dei diritti umani, v. anche LIGUORI e RICCIUTI, *Frontex e il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 539-567.

¹¹⁹ Regolamento n. 1168/2011, ventinovesimo considerando. Per “Stato membro ospitante” si intende lo Stato membro dell'Unione europea “nel quale ha luogo o dal quale prende avvio un'operazione congiunta, un progetto pilota o un intervento rapido” (Regolamento n. 2007/2004 come emendato nel 2011, art. 1-*bis*, 2).

¹²⁰ Regolamento n. 1168/2011, trentesimo considerando.

¹²¹ Regolamento n. 2007/2004 come emendato nel 2011, art. 26-*bis*.

¹²² Regolamento n. 2007/2004 come emendato nel 2011, art. 2, par. 1, d-*bis*) e e).

intuire che il soccorso in mare non viene concepito nel contesto di FRONTEX come un obiettivo, conseguibile attraverso la predisposizione di operazioni ad esso propedeutiche, ma viene piuttosto inteso come risultato incidentale nel perseguimento di altri obiettivi. Nemmeno è molto chiaro in che cosa consista, nella pratica di FRONTEX, il “tenere conto” del fatto che alcune situazioni comportino emergenze umanitarie.

In ogni caso, ai sensi del regolamento emendato nel 2011, FRONTEX è obbligata a svolgere le funzioni a essa deputate non soltanto nel pieno rispetto della pertinente normativa dell'Unione europea e del diritto internazionale, ma anche “tenendo conto delle relazioni del Forum consultivo”¹²³. Si ricorderà, tuttavia, che il Direttore esecutivo e il Comitato direttivo di FRONTEX, in occasione del secondo rapporto annuale del Forum consultivo, relativo al 2014, criticarono sostanzialmente alcune delle valutazioni dell'organismo deputato ad assistere l'Agenzia in materia di diritti fondamentali. Come in seguito si vedrà, diverse raccomandazioni del Forum consultivo non furono neanche condivise e fatte proprie da FRONTEX, il che suscita alcune perplessità sulla considerazione che le relazioni e le raccomandazioni dell'organo consultivo specializzato in diritti fondamentali ricevono da parte dell'Agenzia.

Il nuovo regolamento di FRONTEX ha introdotto una disposizione – mancante nella versione del 2004 e rilevante per il caso che ci occupa – secondo la quale, “in conformità del diritto dell'Unione europea e internazionale, nessuno può essere sbarcato in un paese, o altrimenti consegnato alle autorità dello stesso, in violazione del principio di non respingimento o in un paese nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio. Le speciali esigenze dei bambini, delle vittime della tratta, delle persone bisognose di assistenza medica, delle persone bisognose di protezione internazionale e di altre persone vulnerabili devono essere trattate in conformità del diritto dell'Unione e internazionale”¹²⁴. È anche previsto che FRONTEX elabori e sviluppi un Codice di condotta applicabile a tutte le operazioni congiunte degli Stati membri delle quali gestisce il coordinamento. Tale strumento sarebbe finalizzato – secondo il nuovo regolamento – a stabilire “procedure intese a garantire i principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione nel caso dei minori non accompagnati e delle persone vulnerabili, come anche delle persone che chiedono protezione internazionale, e applicabili a tutti coloro che prendono parte alle attività dell'Agenzia”¹²⁵. In particolare, riguardo alle operazioni congiunte degli Stati membri alle frontiere esterne, lo Stato membro di origine – che ai sensi del regolamento è lo

¹²³ Regolamento n. 2007/2004 come emendato nel 2011, art. 1, par. 2.

¹²⁴ *Ibidem*, art. 1-*bis*.

¹²⁵ *Ibidem*, art. 2-*bis*. Il Codice di condotta è elaborato da FRONTEX in cooperazione con il Forum consultivo sui diritti fondamentali.

Stato membro dell'Unione europea di cui un membro della squadra o l'agente distaccato è guardia di frontiera – ha l'obbligo di predisporre adeguate misure disciplinari conformemente al proprio diritto interno nel caso vi siano state violazioni di diritti fondamentali o di obblighi in materia di protezione internazionale nel corso di un'operazione congiunta. Inoltre, al Direttore esecutivo di FRONTEX è riconosciuto il potere di sospendere o concludere, totalmente o parzialmente, operazioni congiunte “se ritiene che tali violazioni siano gravi o destinate a persistere”¹²⁶. Come si vede, ogni valutazione relativa alla gravità e alla probabile persistenza delle violazioni è però lasciata direttamente al Direttore esecutivo di FRONTEX e non è affidata a un organismo specializzato in diritti fondamentali che possa raccomandare al Direttore esecutivo l'opportuna azione da intraprendere.

Le previsioni relative ai diritti umani introdotte nel regolamento di FRONTEX a partire dal 2011, come si è visto, sono numerose. Tuttavia, la loro effettiva applicazione da parte dell'Agenzia suscita alcune perplessità¹²⁷. Il Forum consultivo sui diritti fondamentali, che è composto dai rappresentanti di quindici organizzazioni specializzate in diversi ambiti del settore dei diritti umani e tutte competenti in tema di immigrazione¹²⁸, ha fino a oggi elaborato due rapporti

¹²⁶ *Ibidem*, art. 3, par. 1-*bis*.

¹²⁷ Diverse perplessità sull'effettivo rispetto dei diritti umani da parte di FRONTEX hanno spinto anche l'Ombudsman europeo ad avviare, di propria iniziativa, indagini relative alle modalità con le quali l'Agenzia ha coordinato 267 operazioni di rimpatrio forzato in aereo di migranti irregolari nel periodo compreso tra il 2006 e il 2015, espellendo dal territorio dell'Unione europea circa 13.000 persone. Le indagini dell'Ombudsman europeo hanno riguardato le operazioni congiunte di rimpatrio coordinate dall'Agenzia ai sensi del Regolamento n. 2007/2004 come emendato nel 2011, art. 2, par. 1, f), e art. 9, e una loro analisi esula dal presente contributo. Su questo tema, cfr. European Ombudsman, *Own-initiative inquiry OI/9/2014/MHZ concerning the means through which Frontex ensures respect for fundamental rights in joint return operations*, 20 ottobre 2014; European Ombudsman, *Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry OI/9/2014/MHZ concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union*, 4 maggio 2015.

¹²⁸ Il Forum consultivo sui diritti fondamentali, stabilito nell'ottobre del 2012 e attivo dal gennaio del 2013, è composto dai rappresentanti di due agenzie dell'Unione europea (l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo); quattro agenzie delle Nazioni Unite e organizzazioni intergovernative (l'UNHCR, l'IOM, l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa e il Consiglio d'Europa); e nove organizzazioni della società civile (l'Ufficio per le istituzioni europee di Amnesty International, la Caritas Europa, la Commissione di Chiese per i migranti in Europa, il Consiglio europeo sui rifugiati e gli esiliati, la Commissione internazionale dei giuristi, la Commissione cattolica internazionale per le migrazioni, il Servizio dei Gesuiti per i rifugiati, la Piattaforma per la cooperazione internazionale sui migranti senza documenti e l'Ufficio di collegamento della Croce Rossa presso l'Unione europea). Mentre la partecipazione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e dell'UNHCR è prevista come obbligatoria, le altre organizzazioni sono invitate da FRONTEX a partecipare al Forum consultivo sulla base di una decisione del Comitato direttivo dell'Agenzia, a seguito di una proposta del Direttore esecutivo.

contenenti, tra le altre cose, raccomandazioni dirette a FRONTEX e al suo Comitato direttivo circa il rispetto e la promozione dei diritti fondamentali nell'ambito delle varie attività dell'Agenzia¹²⁹. Il secondo rapporto annuale del Forum consultivo, pubblicato nel 2015 e relativo al 2014, contiene osservazioni dalle quali si evince che le previsioni in tema di diritti fondamentali sono ancora lungi dal ricevere un'applicazione soddisfacente da parte di FRONTEX e quindi enumera alcune criticità.

Innanzitutto, a monte, lo stesso Forum consultivo ha evidenziato di non potersi occupare di ricorsi individuali di migranti, non avendone il mandato, né di poter valutare sistematicamente il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le attività condotte da FRONTEX, in quanto carente delle risorse necessarie a tale scopo. Al termine di due indagini avviate sulle operazioni congiunte di rimpatrio coordinate da FRONTEX¹³⁰, l'Ombudsman europeo nel 2013 aveva raccomandato all'Agenzia la creazione di un meccanismo di valutazione dei ricorsi individuali per presunte violazioni di diritti umani nel contesto delle attività dell'Agenzia, ma un tale meccanismo non è stato mai istituito:

Contrary to the Consultative Forum's proposal, Frontex had rejected the Ombudsman's recommendation to set up a mechanism that would allow for the reception and follow-up of individual complaints about human rights violations in the context of Frontex-coordinated joint operations.

The Consultative Forum, however, remained supportive of the Ombudsman idea and discussed it at several meetings with Frontex's staff and Management Board, as well as with the Head of the European Ombudsman's Complaints and Inquiries Unit.

(...) the Ombudsman had made a clear distinction between monitoring procedures and complaints mechanisms. The former cannot substitute the latter. While, thanks to the Fundamental Rights Officer's efforts, the monitoring mechanism is already under construction, Frontex should meet its responsibilities to provide access to justice and an effective remedy by setting up a mechanism to follow up on individual complaints¹³¹.

Anche per la mancanza, allo stato attuale, di un apposito meccanismo di ri-

¹²⁹ Decisione del Comitato direttivo 18/2012 del 26 settembre 2012, come modificata dalla decisione del Comitato direttivo 19/2014 del 24 settembre 2014, *Working Methods of the Frontex Consultative Forum and Modalities of the Transmission of Information to the Frontex Consultative Forum*.

¹³⁰ Cfr. *supra*, nota 127.

¹³¹ Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, *Second Annual Report 2014*, *op. cit.* (supra, nota 102), p. 38. Sugli ostacoli al diritto a un rimedio effettivo per i migranti irregolari nel sistema delle agenzie europee, v. CARRERA, DEN HERTOG e PARKIN, *The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, pp. 337-358.

corso per la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di FRONTEX, il Forum consultivo ha affermato nel suo rapporto che il controllo sulle attività dell'Agenzia da parte del Parlamento europeo sarebbe importante¹³². Tuttavia, reperendo informazioni sul ruolo del Parlamento europeo nella politica di gestione delle frontiere esterne, si scopre che "il Parlamento continua a esprimere preoccupazione per la mancanza di controllo parlamentare su Frontex, nonché per la mancanza di un solido sistema di controllo del rispetto dei diritti fondamentali"¹³³. In aggiunta, il rapporto del Forum consultivo ha rilevato che l'ufficio del Responsabile per i diritti fondamentali di FRONTEX – cioè l'attuale meccanismo di monitoraggio – è notevolmente sottodimensionato, avendo l'incaricato a disposizione soltanto un assistente (che funge anche da Segretario del Forum consultivo) e un praticante che viene assegnato all'ufficio su base annuale. Il Forum consultivo ha quindi rilevato che il Responsabile per i diritti fondamentali

is not able to fulfil her supporting and monitoring roles to the full extent¹³⁴.

Rispetto al programma di lavoro di FRONTEX per il 2015, il Forum consultivo aveva raccomandato di considerare prioritario un miglioramento sostanziale del sistema di monitoraggio sui diritti fondamentali nelle attività dell'Agenzia, tuttavia dovendo poi rilevare che a tale raccomandazione non è stato dato seguito:

2. The Consultative Forum believes the operation of an efficient system to monitor fundamental rights compliance and to react effectively and adequately in case of alleged violations, as required by the Frontex regulations, has to be singled out as a top priority for Frontex in 2015. This priority needs to be reflected in the allocation of additional human and financial resources to the Fundamental Rights Officer for this purpose.

Results – This proposal has not been taken on. (...) ¹³⁵.

Altre osservazioni del Forum consultivo non vennero prese in considerazione nel definire le priorità del programma di lavoro di FRONTEX per il 2015:

6. Increased cooperation with third countries like Libya, Morocco and Tunisia is announced in the programme of work. The Consultative Forum is concerned that this does not go with prerequisites or safeguards as concerns the respect of fundamental rights by these countries.

¹³² Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, *Second Annual Report 2014*, *op. cit.* (*supra*, nota 102), p. 10.

¹³³ *Gestione delle frontiere esterne – Ruolo del Parlamento europeo*, disponibile al seguente indirizzo: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/it/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.4.html.

¹³⁴ Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, *Second Annual Report 2014*, *op. cit.* (*supra*, nota 102), p. 15.

¹³⁵ *Ibidem*, par. 3.3 (*Frontex Programme of Work 2015*).

Results – The concern remains.

7. Fundamental rights issues, including training on fundamental rights, should be listed among the “Priorities and trends” (section 2.1).

Results – This proposal has not been taken on¹³⁶.

Anche durante la visita di osservatori del Forum consultivo nei luoghi di svolgimento di operazioni congiunte nel luglio del 2013 fu preso atto di alcune lacune esistenti nel sistema di salvaguardia dei diritti fondamentali deputato all’Agenzia¹³⁷. In aggiunta, la dinamica di incidenti occorsi nelle aree di svolgimento delle operazioni congiunte di FRONTEX non fu approfondita né dall’Agenzia né dallo Stato ospitante¹³⁸, sollevando dubbi relativi alla trasparenza di FRONTEX nel rendere conto del complessivo controllo dell’area di svolgimento delle operazioni da essa coordinate, soprattutto al fine di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali:

In the early hours of 20 January 2014, a fishing boat carrying 28 migrants and refugees including many small children capsized and sank near the island of Farmakonisi, in the Aegean Sea at the border between Greece and Turkey. The group consisted of 25 Afghans, including 10 children aged between 1 and 9 years old, and three Syrians.

Sixteen individuals, including a child, were rescued by the Greek coastguard. However, the bodies of a mother and a child belonging to the group were found by the Turkish authorities the next day. According to news reports, the bodies of two more women and two children washed up a few days later on Turkish shores, leaving six children missing. Testimonies of survivors provided to UNHCR alleged their boat was being towed by the Greek coastguard with great speed towards Turkey when it capsized. The coastguard, however, denied these allegations.

Following the tragedy, the Consultative Forum approached the Fundamental Rights Officer and the Management Board Chair for more detailed information, also concerning the involvement of Frontex assets and/or personnel. Following internal consultations within Frontex, the Fundamental Rights Officer informed the Consultative Forum that there was no involvement of any Frontex-deployed staff and assets in this particular incident. Nevertheless, in an attempt to address accountability concerns, a group of Consultative Forum members took the initiative of discussing the

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Raccomandazioni furono formulate a seguito della visita di osservatori del Forum consultivo presso le basi delle due operazioni congiunte *Poseidon* (una marittima e l’altra terrestre, ospitate rispettivamente dalla Grecia e dalla Bulgaria): “During the visit it was observed that border guards deployed to the joint operations would benefit from more efficient and focused training on fundamental rights and international law principles, as well as on how to effectively guarantee them”, *ibidem*.

¹³⁸ Ai sensi dell’art. 2 (3) del Regolamento n. 656/2014, lo “Stato membro ospitante” è “lo Stato membro in cui si svolge o da cui è avviata un’operazione marittima”. Cfr. anche Regolamento n. 2007/2004 come emendato nel 2011, art. 1-*bis*, 2).

possible recommendations that the Consultative Forum could address to the Executive Director and the Management Board. These would suggest measures to be taken following persistent allegations of serious violations of fundamental rights occurring in the operational area of a Frontex-coordinated joint operation. The discussion on this issue is still ongoing: in 2015, the Consultative Forum will focus on, inter alia, the debate on Frontex's accountability in general. (...).

In a letter to the Management Board Chair and the Executive Director, the Consultative Forum later expressed concerns about reports that the Prosecutor of Piraeus's Marine Court decided to archive the case and essentially close the judicial investigation into the responsibility of Hellenic Coastguard staff of the Farmakonisi incident. The Consultative Forum shared the opinion of the Council of Europe's Commissioner for Human Rights, who said "that impunity risks covering these serious human rights violations. This would be a grave mistake. Greek authorities have to take more resolute efforts to ensure accountability for this tragedy". There has been no official reply from either the Executive Director or the Management Board on this issue¹³⁹.

La risposta di FRONTEX in realtà arrivò, ma soltanto dopo la trasmissione del citato rapporto del Forum consultivo al Comitato direttivo e per ribadire, in un intervento assai sintetico inserito all'interno dello stesso rapporto prima che fosse reso pubblico, l'estraneità dell'Agenzia rispetto all'incidente, senza ulteriori considerazioni o proposte¹⁴⁰.

Un'ultima criticità che emerge dalle valutazioni del Forum consultivo riguarda le procedure di interrogatorio delle persone sbarcate che risultano prive di documenti. L'interrogatorio di queste persone – effettuato dalle guardie di frontiera dello Stato che ospita l'operazione congiunta insieme a eventuali esperti di FRONTEX – è finalizzato a raccogliere informazioni sul paese di origine, sulle ragioni del viaggio, sulle rotte seguite e sul *modus operandi* degli scafisti e dei trafficanti. Si tratta di una fase solo eventuale, a differenza dell'identificazione e della registrazione, che costituiscono fasi obbligatorie del procedimento che consegue all'intercettazione di persone senza documenti alle frontiere esterne. Il Forum consultivo ha espresso le seguenti considerazioni:

– There is still some lack of clarity on whether (and how) information concerning protection needs is recorded and processed in the debriefing process. Fundamental rights violations which may have occurred during travel, including trafficking, or other protection-relevant information can come up in debriefings. For such cases,

¹³⁹ *Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, Second Annual Report 2014, op cit. (supra, nota 102).*

¹⁴⁰ "This incident, whose tragic nature no one wishes to deny, did not occur within the framework of an operation coordinated by Frontex nor were Frontex coordinated assets involved. Therefore, it cannot be included in the report on the activities of the Consultative Forum", *ibidem*, p. 4.

appropriate follow-ups procedures, including referral mechanisms, need to be established.

- The recording of the actual number of referrals is still to be regulated.
- While the debriefing guidelines state that the person concerned should not face negative legal consequences as a result of the debriefings, there are no sufficient guarantees to ensure this is the case in practice.
- There is still a need for clearly defined procedures and mechanisms that would regulate how Frontex takes follow-up action with the respective Member State in cases where migrants complain about fundamental rights violations that have allegedly occurred under the jurisdiction of this Member State. (...)
- The debriefing guidelines should be further developed in order to ensure that disclosing information about smugglers, other migrants, etc. does not put the interviewees at risk of retaliation¹⁴¹.

In vista di tutte le criticità menzionate, la conclusione del Forum consultivo, in previsione del 2015, erano le seguenti:

The number of arrivals is not likely to decrease in the coming year as more than half of these people are fleeing war, conflict or serious fundamental rights violations in countries like Eritrea or Syria. (...).

There is still a need to ensure that standards and procedures effectively ensure proper protection of human rights of those arriving at the European Union's external borders because substantiated allegations continue to be made about refoulement incidents and other human rights violations in the operational areas of Frontex-coordinated joint operations, including failures to conduct proper search and rescue leading to people's deaths¹⁴².

In Italia, le strutture operative di FRONTEX sono costituite dal Centro di coordinamento nazionale, individuato nel Ministero dell'interno, presso la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, che coordina gli interventi svolti in mare da Marina militare, Polizia di Stato e Capitanerie di porto e analizza informazioni relative a sorveglianza, prevenzione e contrasto dell'immigrazione via mare; dal Centro internazionale di coordinamento, istituito presso il Comando operativo aeronavale del Corpo della Guardia di Finanza, con sede a Pratica di Mare, che svolge funzioni di organizzazione e gestione delle operazioni congiunte promosse da FRONTEX; e da vari centri operativi locali, che vengono istituiti di volta in volta in base alle necessità delle diverse operazioni presso le sale operative dei reparti del Corpo della Guardia di Finanza. A oggi, per l'operazione congiunta *Triton* ospitata dall'Italia, centri operativi locali sono presenti a Lampedusa, Messina e Taranto.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 51-52.

5. *La sorveglianza delle frontiere marittime esterne degli Stati membri dell'Unione europea: ulteriori criticità*

Il processo di negoziazione di uno strumento comunitario che contenesse la regolamentazione relativa alle operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime esterne degli Stati membri è stato lungo e costellato da conflitti, anche istituzionali, all'interno dell'Unione europea. Occorre fare un passo indietro di qualche anno per comprendere le ragioni che sottostanno a tali conflitti. Emblematica, a questo proposito, è la causa che dinnanzi alla CGUE ha visto contrapporsi due istituzioni comunitarie nel rivendicare la competenza a regolamentare la materia degli sbarchi e del soccorso in mare nelle operazioni marittime congiunte dell'Unione europea.

Le differenze nell'interpretazione da parte degli Stati membri delle norme relative all'intercettazione dei natanti e, soprattutto, alla ricerca e al soccorso in mare avevano spinto la Commissione europea a pubblicare, nel 2007, uno studio illustrativo degli strumenti di diritto internazionale applicabili nel contesto dell'immigrazione via mare¹⁴³. Tra il luglio del 2007 e l'aprile del 2008, cinque riunioni tra rappresentanti di Stati membri, FRONTEX, UNHCR e IOM si erano proposte di produrre delle linee-guida comuni per gli Stati membri nelle operazioni marittime coordinate da FRONTEX. Nessun accordo riuscì tuttavia a essere raggiunto dai partecipanti, soprattutto rispetto alle implicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani e dalla Conv. Rif., al ruolo dell'Agenzia e alla regolamentazione degli sbarchi. Per superare le difformi interpretazioni degli Stati membri su questi aspetti, la Commissione prese l'iniziativa di preparare una proposta di decisione del Consiglio ai sensi dell'art. 12, par. 5, del c.d. "codice frontiere Schengen" (in seguito: CFS)¹⁴⁴, il quale prevede che "modalità di sorveglianza supplementari" alle frontiere possano essere adottate – modificando elementi non essenziali del CFS e completandolo – secondo una procedura di regolamentazione che prevede l'esercizio di competenze esecutive direttamente in capo alla Commissione e che non attribuisce un ruolo legislativo, ma soltanto consultivo, al Parlamento europeo¹⁴⁵. Tuttavia, a causa delle immutate divisioni interne, il comitato di regolamentazione, preposto ad assistere la Commissione nella procedura di esecuzione e composto da rappresentanti degli Stati membri, non raggiunse nemmeno il quorum necessario per esprimere

¹⁴³ *Commission Staff Working Document – Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea*, SEC(2007) 691, Bruxelles, 15 maggio 2007.

¹⁴⁴ Regolamento n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

¹⁴⁵ Decisione n. 1999/468/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, artt. 5 e 7.

il parere sulla proposta. Nondimeno, il progetto di decisione fu trasmesso al Consiglio e al Parlamento europeo:

La proposta mira a garantire che la normativa internazionale pertinente per le operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime svolte nel quadro della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia Frontex (convenzione sul diritto del mare, convenzioni in materia di sicurezza marittima e di ricerca e salvataggio, diritto internazionale dei rifugiati e diritti fondamentali) sia applicata in modo uniforme da tutti gli Stati membri che partecipano alle operazioni. Intende inoltre creare la base normativa necessaria affinché uno Stato membro possa effettuare la sorveglianza delle frontiere marittime di un altro Stato membro¹⁴⁶.

La Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (in seguito: Commissione LIBE) del Parlamento europeo si oppose all'adozione della relativa decisione da parte del Consiglio, ritenendo che, introducendo nuovi elementi essenziali nel CFS, il contenuto della proposta superasse le più limitate competenze di esecuzione riconosciute alla Commissione dall'art. 12, par. 5, del CFS. La Commissione LIBE sollecitò pertanto la presentazione di una proposta legislativa sullo stesso tema al Parlamento europeo¹⁴⁷. In plenaria, tuttavia, il Parlamento non raggiunse la maggioranza necessaria per approvare la mozione di risoluzione contraria alla proposta della Commissione. Quest'ultima fu quindi adottata – con alcuni emendamenti – come decisione del Consiglio¹⁴⁸.

Era evidente che la questione procedurale sollevata dalla Commissione LIBE nascondeva in realtà divisioni profonde tra gli Stati più coinvolti dal fenomeno dell'immigrazione rispetto al contenuto della decisione, divisioni che si manifestavano soprattutto in tema di ricerca e soccorso e in tema di sbarchi. Non fu un caso che Malta, proprio in seguito all'adozione della decisione da parte del Consiglio, contenente in allegato "orientamenti" (o linee-guida) in tema di sbarchi, addirittura ritirò la propria disponibilità a ospitare operazioni di sorveglianza marittima coordinate da FRONTEX¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Proposta di decisione del Consiglio che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne (Relazione), COM(2009) 658 definitivo, Bruxelles, 27 novembre 2009.

¹⁴⁷ Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sulla proposta di decisione del Consiglio che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne, B7-0227/2010, 17 marzo 2010.

¹⁴⁸ Decisione n. 2010/252/UE del Consiglio del 26 aprile 2010 che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

¹⁴⁹ CAMILLERI, *Frontex Patrols Stopped as Malta Quits*, in *The Times of Malta*, 28 aprile 2010.

Dietro richiesta unanime della Commissione LIBE, il Parlamento europeo decise di chiedere alla CGUE l'annullamento della decisione del Consiglio. Il Parlamento sostenne dinnanzi alla CGUE che la disciplina di attività quali la ricerca e il soccorso in mare e in materia di sbarchi non potesse rientrare nella nozione di "sorveglianza di frontiera" in ambito CFS. La decisione impugnata, secondo il Parlamento, conteneva nuovi elementi, incidenti sui diritti fondamentali, che non avrebbero potuto essere oggetto di una misura di esecuzione della Commissione, rendendosi necessario provvedere con l'ordinaria procedura legislativa¹⁵⁰. Il Consiglio, da parte sua, motivò che gli "orientamenti" su ricerca, soccorso e sbarchi allegati alla decisione non fossero di per sé contrari agli obiettivi del CFS, ma servissero piuttosto allo scopo di facilitare lo svolgimento delle operazioni di "sorveglianza di frontiera", che spesso di fatto si concludono in operazioni di soccorso¹⁵¹. Secondo la Commissione, le misure previste negli "orientamenti" allegati alla decisione ricadevano senz'altro nella nozione di "sorve-

¹⁵⁰ "50. (...), secondo il Parlamento le regole relative ad attività come la ricerca, il soccorso e lo sbarco, figuranti nella parte II dell'allegato alla decisione impugnata, non sono riconducibili alla nozione di sorveglianza. Sebbene il titolo di detta parte II contenga il termine "orientamenti", quest'ultima sarebbe cogente e destinata a produrre effetti giuridici nei confronti degli Stati membri che partecipano ad un'operazione coordinata dall'Agenzia, tenuto conto sia del suo tenore testuale, sia della circostanza che essa figura all'interno di un atto giuridicamente vincolante e che fa parte del piano operativo previsto dal regolamento Frontex. La decisione impugnata conterrebbe pertanto elementi essenziali del CFS e non poteva quindi essere oggetto di una misura di esecuzione. 51. Il Parlamento sostiene inoltre che la decisione impugnata esorbita dall'ambito di applicazione territoriale del CFS. Ai sensi dell'art. 2, punto 11, di quest'ultimo, la sorveglianza sarebbe limitata alla sorveglianza di frontiera tra i valichi di frontiera e alla sorveglianza dei valichi di frontiera al di fuori degli orari di apertura stabiliti, mentre tale decisione, secondo la parte I, punto 2.5, del suo allegato, si applicherebbe non solo alle acque territoriali, bensì anche alle zone contigue e all'alto mare". Sentenza 5 settembre 2012 della CGUE, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-355/10.

¹⁵¹ "53. Il Consiglio afferma che le misure elencate al punto 2.4 di detta parte I non sono in contrasto con gli obiettivi della sorveglianza di frontiera come definiti dall'art. 12 del CFS. Le norme relative al coordinamento delle operazioni di sorveglianza durante operazioni congiunte, sancite al punto 2.5 della stessa parte I, sarebbero finalizzate ad agevolare lo svolgimento delle operazioni. A detta del Consiglio, l'argomento vertente su una presunta estensione dell'ambito di applicazione territoriale del CFS non è fondato, stante il fatto che tale codice non definisce la nozione di frontiera marittima, sicché questa deve essere intesa nel senso che abbraccia anche la sorveglianza di frontiera nelle zone contigue e in alto mare. 54. Per quanto riguarda la parte II dell'allegato alla decisione impugnata, non solo il tenore dei suoi considerando 7-9, ma anche la differenza nella redazione dei titoli delle due parti di tale allegato e il modo in cui sono formulati gli orientamenti dimostrerebbero che l'autore di tale decisione non intendeva attribuire forza obbligatoria a tale parte. Invero, l'assistenza alle navi in pericolo non costituirebbe una misura di sorveglianza in senso stretto, tuttavia, quando si presenta una situazione del genere nel corso di un'operazione di sorveglianza coordinata dall'Agenzia, sarebbe apparso indispensabile coordinare in anticipo le modalità con cui i diversi Stati membri partecipanti conducono la ricerca e il soccorso. Il Consiglio ritiene pertanto che la decisione impugnata non introduca elementi nuovi nel CFS." *Ibidem*.

glianza di frontiera”, non ponendosi pertanto alcuna questione circa la loro obbligatorietà¹⁵².

La CGUE, annullando la decisione del Consiglio con sentenza del 5 settembre 2012, motivò che

73. (...) se è vero che il CFS, che costituisce la normativa di base in materia, enuncia al suo art. 12, par. 4, che l'obiettivo della sorveglianza consiste nel fermare le persone che attraversano illegalmente le frontiere, esso non contiene però norme in merito ai provvedimenti che le guardie di frontiera sono autorizzate ad applicare nei confronti delle persone o delle navi quando queste vengono fermate e successivamente, quali l'applicazione di misure coercitive, l'utilizzo delle armi o il trasferimento dei fermati in un determinato luogo, o anche le misure da prendere nei confronti di persone implicate nella tratta degli esseri umani.

74. Orbene, l'allegato alla decisione impugnata stabilisce, al punto 2.4 della parte I, le misure che le guardie di frontiera possono prendere nei confronti delle navi intercettate e delle persone a bordo. A questo proposito, le lettere b), d), f) e g) del citato punto 2.4 permettono, in particolare, di fermare la nave, ispezionarla, provvedere alla visita a bordo, sequestrare la nave e procedere all'ispezione delle persone a bordo e fermarle, condurre la nave o le persone a bordo in uno Stato terzo e, quindi, consentono l'adozione di misure coercitive nei confronti di persone e di navi che potrebbero essere soggette alla sovranità dello Stato di cui battono bandiera.

75. Inoltre, il punto 1.1 della parte II di detto allegato prevede, segnatamente, l'obbligo in capo alle unità partecipanti a operazioni alle frontiere marittime esterne coordinate dall'Agenzia di prestare assistenza a qualunque nave o persona in pericolo in mare. Il punto 2 della medesima parte II stabilisce regole in materia di sbarco delle persone intercettate o soccorse e il punto 2.1, secondo comma, precisa che per tale sbarco dovrebbe essere privilegiato il paese terzo da cui è partita la nave che trasporta tali persone.

76. Da un lato, l'emanazione delle regole relative all'attribuzione di poteri coercitivi alle guardie di frontiera, menzionate ai due punti precedenti della presente sentenza, richiede scelte politiche che rientrano nelle responsabilità proprie del legislatore dell'Unione, in quanto essa implica una ponderazione dei divergenti interessi in gioco sulla base di molteplici valutazioni. In funzione delle scelte politiche che informano l'adozione delle citate regole, i poteri delle guardie di frontiera possono variare in misura significativa, poiché il loro esercizio può essere subordinato ad un'autorizzazione, o essere soggetto a un obbligo, oppure a un divieto, ad esempio di applicare misure coercitive, di utilizzare le armi o di trasferire le persone fermate in un luogo determinato. Peraltro, quando tali poteri riguardano l'adozione di misure nei confronti delle navi, il loro esercizio, a seconda della portata di detti poteri, può interferire con i diritti sovrani di Stati terzi in base alla bandiera che le navi interessate battono. Pertanto, l'emanazione di siffatte regole costituisce una notevole evoluzione nel contesto del sistema del CFS.

¹⁵² *Ibidem*, par. 56.

77. Dall'altro lato, occorre sottolineare che disposizioni vertenti sull'attribuzione alle guardie di frontiera di poteri di pubblico imperio come quelli conferiti nella decisione impugnata, tra i quali figurano l'arresto delle persone fermate, il sequestro di navi e il rimpatrio delle persone fermate verso un determinato luogo, permettono ingerenze talmente incisive nei diritti fondamentali delle persone coinvolte da rendere necessario l'intervento del legislatore dell'Unione.

78. Pertanto, l'adozione di disposizioni del genere di quelle previste nella (...) decisione impugnata postula che siano effettuate scelte politiche ai sensi dei due precedenti punti della presente sentenza, sicché essa esula dal quadro delle misure supplementari a norma dell'art. 12, par. 5, del CFS e rientra, nel contesto del sistema istituzionale dell'Unione, nella responsabilità del legislatore di quest'ultima¹⁵³.

La sentenza della CGUE determinò l'apertura di nuovi negoziati sulla regolamentazione della sorveglianza marittima coordinata da FRONTEX, questa volta con il completo coinvolgimento del Parlamento europeo attraverso la procedura legislativa ordinaria, e gli effetti della decisione annullata furono mantenuti – per espressa previsione della CGUE – fino all'entrata in vigore della nuova normativa¹⁵⁴.

Il Regolamento n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata da FRONTEX (in seguito: Regolamento n. 656/2014) è entrato in vigore il 17 luglio 2014 ed è il risultato del nuovo processo legislativo conseguente alla sentenza della CGUE. Il suo ambito di applicazione è il medesimo della decisione annullata. Se quest'ultima, non chiarendo in quale misura intercettazione e soccorso in mare rientrassero nel concetto di “sorveglianza di frontiera”, aveva causato divergenze interpretative, anche a livello istituzionale, una delle novità più significative del Regolamento n. 656/2014 rispetto alla decisione annullata è invece proprio il chiarimento, fornito fin dal primo *considerando*, di ciò che deve intendersi per “sorveglianza di frontiera”. La definizione è ampia e include intercettazioni, ricerca e soccorso:

(...) la sorveglianza di frontiera non si limita alla localizzazione dei tentativi di attraversamento non autorizzati alle frontiere, ma comprende anche iniziative quali l'intercettazione di natanti sospettati di voler entrare nell'Unione senza sottomettersi alle verifiche di frontiera, così come le modalità d'applicazione volte ad affrontare le situazioni, come le ricerche e il soccorso, che possono verificarsi durante un'operazione marittima di sorveglianza di frontiera, nonché quelle volte a portare a buon fine tale operazione.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*, par. 91.

In generale, il Regolamento n. 656/2014 risponde, almeno parzialmente, a lacune che la decisione annullata presentava sotto i profili della protezione dei diritti umani, del salvataggio della vita umana in mare e dell'obiettivo di trasparenza nelle attività di FRONTEX. Un tale risultato è certamente attribuibile alla circostanza che lo strumento sia stato elaborato, piuttosto che da un organo esecutivo, da un parlamento, rappresentativo anche di quei settori della società civile che chiedono un approccio al problema maggiormente improntato alla tutela dei diritti umani. Un altro elemento che può senz'altro aver influenzato il modo in cui il richiamo ai diritti umani pervade il nuovo strumento è da rinvenire nella sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani relativa al caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* che, di pochi mesi precedente all'adozione del Regolamento n. 656/2014, aveva chiarito il quadro degli strumenti applicabili in tema di protezione dei diritti umani nelle attività di intercettazione di migranti in mare¹⁵⁵. Ancora, le tragiche conseguenze del ricordato naufragio nei pressi di Lampedusa dell'autunno precedente possono aver influenzato le discussioni in aula e suscitato una maggiore attenzione agli aspetti umanitari. Infine, nella nuova regolamentazione, gli emendamenti del 2011 al Regolamento di FRONTEX dovevano ovviamente essere tenuti in considerazione; e, come si ricorderà, a partire dal

¹⁵⁵ Sentenza 23 febbraio 2012 della Corte Europea dei Diritti Umani, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, Ricorso n. 27765/2009. Sul caso, che ha suscitato molto interesse da parte della dottrina, v. BORELLI e STANFORD, *Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights*, in *Uluslararası Hukuk ve Politika – Review of International Law and Politics*, 2014, pp. 29-70; COPPENS, *The Law of the Sea and Human Rights in the “Hirsi Jamaa and Others v. Italy” Judgment of the European Court of Human Rights*, in HAECK e BREMS (a cura di), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht, 2014, pp. 179-202; DEL GUERCIO, *La compatibilità dei respingimenti di migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, pp. 255-282; HESSBRUEGGE, *European Court of Human Rights Protects Migrants against “Push Back” Operations on the High Seas*, in *American Society of International Law – Insights*, 2012; DEN HEIJER, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, pp. 265-290; HOLBERG, *Italy’s Policy of Pushing Back African Migrants on the High Seas Rejected by the European Court of Human Rights in the Case of Hirsi Jamaa & Others v. Italy*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2012, pp. 467-474; LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: Il caso Hirsi*, in *di Diritto Internazionale*, 2012, pp. 415-443; LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, pp. 721-761; MORENO-LAX, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Immigration Control?*, in *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 574-598; PAPASTAVRIDIS, *European Convention on Human Rights and the Law of the Sea: The Strasbourg Court in Unchartered Waters?*, in FITZMAURICE e MERKOURIS (a cura di), *The Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights – Legal and Practical Implications*, Leiden-Boston, 2013, pp. 115-146; TONDINI, *The Legality of Intercepting Boat People under Search and Rescue and Border Control Operations with reference to Recent Italian Interventions in the Mediterranean Sea and the ECtHR Decision in the Hirsi Case*, in *Journal of International Maritime Law*, 2012, pp. 59-74.

2011, l'Agencia è stata chiamata ad assistere gli Stati membri in circostanze che richiedono assistenza tecnica anche "tenendo conto che alcune situazioni comportano emergenze umanitarie e il soccorso in mare"¹⁵⁶. Ciò significa che, sebbene FRONTEX non si sia di certo trasformata, solo per questo, in un organismo di ricerca e soccorso, essa è nondimeno tenuta ad assistere gli Stati membri nel dare attuazione all'obbligo, stabilito in capo agli stessi dal diritto internazionale, di prestare soccorso in mare. Nonostante tutto quanto appena richiamato, il Regolamento n. 656/2014 presenta ancora diverse criticità, che vengono in prosieguo illustrate.

La prima generale considerazione che viene in rilievo è che, anche in questo caso, le divergenze tra Stati membri riguardo all'interpretazione degli obblighi derivanti da strumenti internazionali hanno fatto sì che il Regolamento n. 656/2014 non definisse a livello comunitario le norme relative alla ricerca, al soccorso e agli sbarchi, ma lasciasse ai singoli Stati membri la possibilità di vincolarsi o meno a quelle norme, prevedendo che lo strumento ad esse relativo fosse il piano operativo relativo a ogni singola operazione congiunta, negoziabile volta per volta dagli Stati membri coinvolti, e non già un atto legislativo dell'Unione europea, vincolante una volta per tutte per tutti gli Stati membri. Si aggiunga che il piano operativo delle operazioni in questione non è pubblico. Emblematica fu, in particolare, la reazione di sei Stati membri – Cipro, Francia, Grecia, Italia, Malta e Spagna – all'originaria proposta legislativa della Commissione di regolare già nell'atto del Parlamento europeo e del Consiglio le attività di ricerca e soccorso e la materia degli sbarchi:

Articles 9 and 10, which relate to search and rescue situations and disembarkation respectively, raise several serious concerns as they stand in the Commission's proposal. Regulation for search and rescue and disembarkation in an EU legislative instrument is unacceptable for legal and practical reasons (...). These provisions should therefore be revised and this constitutes a red line.

Firstly, search and rescue and disembarkation are already regulated extensively at international law (...).

Secondly, within this international framework, maritime search and rescue and disembarkation are the competence of the Member States (...).

In its judgment on Council Decision 252/2010/EC, the Court of Justice of the European Union did not examine the question as to whether the EU has competence to legislate on matters of search and rescue and disembarkation. The fact that the Court maintained the effects of the annulled Decision cannot therefore be considered as automatic confirmation that such competence exists. It is considered that the EU does not have the competence to legislate on search and rescue and disembarkation in detail, as the Commission's Proposal seeks to do. At best, such competence is highly questionable.

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, par. 4. Cfr. anche quarto considerando del Regolamento n. 656/2014.

(...) it is not necessary for EU legislation to be adopted alongside the international regime and should any further specification of this regime be necessary, it would be pursued under the auspices of the IMO, involving all signatories of the relevant international conventions, rather than within the EU.

Besides, any rules that depart from those in the international regime would be unacceptable, as we would effectively be creating an EU regime that runs in parallel with the international regime but which would be applied in Frontex-coordinated joint operations and insofar as no third countries are involved in the case. (...).

Finally, it should be borne in mind that with the 2011 amendments to the Frontex Regulation, the Operational Plan is a legally binding instrument and the Frontex Regulation specifically provides in Article 3 (a) (j) that it must include (...) *references to international and Union Law regarding interception, rescue at sea and disembarkation*.

The Operational Plan must be agreed to by the Frontex Executive Director and the host member State, in consultation with participating Member States. There is therefore no doubt that these matters would be clearly determined before the joint operation is launched, reinforcing the fact that it is unnecessary to have these matters regulated in the legislation¹⁵⁷.

È chiaro che l'opposizione di sei Stati mediterranei a una regolamentazione dettagliata all'interno di un atto legislativo rispondeva alla volontà di questi Stati di mantenere sotto il proprio controllo la disciplina delle questioni più delicate sotto il profilo degli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani e di salvataggio della vita umana in mare. Un atteggiamento, questo, che può sembrare paradossale almeno per quanto riguarda l'Italia, dal momento che questo Stato, quasi contestualmente alla presentazione della mozione appena richiamata, avviava quell'operazione di ricerca e soccorso nel Mediterraneo che più di ogni altra, fino a oggi, ha contribuito al salvataggio di vite umane. Eppure, al di là delle concrete attività svolte dagli Stati membri anche in via unilaterale, la preoccupazione fondamentale era quella di non definire una volta per tutte, a livello comunitario, i dettagli di obblighi che, per il linguaggio in cui sono formulati nei relativi strumenti internazionali, lasciano agli Stati ancora un margine di flessibilità interpretativa.

La soluzione accolta nel Regolamento n. 656/2014, alla fine, è stata quella di inserire, prima delle previsioni in tema di ricerca, soccorso e sbarchi, la formula secondo la quale

il piano operativo contempla, conformemente al diritto internazionale (...), almeno le seguenti disposizioni: (...),

¹⁵⁷ Consiglio dell'Unione europea, doc. 14612/13, *Note from Greek, Spanish, French, Italian, Cyprus and Maltese delegations to the Working Party on Frontiers/Mixed Committee*, Bruxelles, 10 ottobre 2013.

limitando espressamente l'applicazione delle previsioni su ricerca, soccorso e sbarchi contenute nell'atto legislativo comunitario alle sole operazioni svolte in ambito FRONTEX, come di volta in volta negoziate e regolate nel piano operativo, cioè negli accordi intrapresi tra gli Stati coinvolti. Questa soluzione ha inteso evidentemente lasciare impregiudicata la relativa regolamentazione nell'ambito di operazioni nazionali (come *Mare Nostrum*), così come in altre operazioni avviate al di fuori del coordinamento di FRONTEX.

A ben guardare, la limitazione dell'ambito applicativo delle previsioni in questione si sarebbe anche potuta logicamente dedurre, più semplicemente, dal titolo stesso del Regolamento n. 656/2014, che si riferisce appunto a norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne “nel contesto della cooperazione operativa coordinata da FRONTEX” e non nel contesto di altre operazioni¹⁵⁸. Il fatto che gli Stati membri abbiano preferito un riferimento espresso al solo piano operativo testimonia, una volta di più, la loro volontà di restare svincolati da una regolamentazione puntuale a livello di Unione europea sugli elementi più delicati del contrasto all'immigrazione irregolare via mare. La circostanza appena richiamata, tuttavia, solleva anche il problema del rapporto tra il Regolamento n. 656/2014 e l'Allegato VI, par. 3, del CFS, che già prevede modalità di verifica alle frontiere marittime valide per tutte le operazioni di sorveglianza marittima svolte nel contesto del CFS. Non è chiaro, infatti, come queste previsioni si concilino con il Reg. 656/2014, che non contiene un riferimento all'Allegato VI del CFS.

Passando in rassegna le disposizioni del Regolamento n. 656/2014, si può certamente rilevare che la parte preambolare contiene diversi e numerosi richiami a strumenti e a principi – come quello di non respingimento – posti a tutela dei diritti dell'uomo e, in particolare, del rifugiato.

Offre subito l'opportunità di qualche considerazione il decimo considerando del Regolamento n. 656/2014, laddove esso afferma che FRONTEX e gli Stati membri sono vincolati dalle disposizioni dell'*acquis* in materia di asilo, in particolare la c.d. Direttiva Asilo, per quanto riguarda le domande di protezione internazionale presentate “nel territorio, anche alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri”. Un problema sorge infatti rispetto al fatto che il Regolamento n. 656/2014 prevede che intercettazioni di migranti possano avvenire anche nella zona contigua (art. 8) e in alto mare (art. 7), quindi non solo nelle acque territoriali di uno Stato membro (art. 6). In via interpretativa, si può sostenere che la formulazione del decimo considerando, se esclude l'applicazione degli obblighi dell'*acquis* comunitario in materia di asilo nel caso di intercettazioni al di fuori del mare territoriale, non può comunque sfuggire al fatto che il principio del *non-refoulement* e i vincoli derivanti da altri obblighi internazionali trovano senz'altro applicazione anche in alto mare e nel

¹⁵⁸ Cfr. anche terzo considerando del Regolamento n. 656/2014.

mare territoriale di Stati terzi, non solo nei tre spazi marini espressamente richiamati dagli artt. 6, 7 e 8 del Regolamento n. 656/2014. Riferendosi al principio del *non-refoulement*, l'UNHCR ha già da tempo espresso il parere per cui

the purpose, intent and meaning of Article 33(1) of the 1951 Convention are unambiguous and establish an obligation not to return a refugee or asylum-seeker to a country where he or she would be risk of persecution or other serious harm, which applies wherever a State exercises jurisdiction, including at the frontier, on the high seas or on the territory of another State¹⁵⁹.

Si tratta dello stesso orientamento della Corte Europea dei Diritti Umani, che nella sua giurisprudenza ha sostenuto l'applicabilità in alto mare della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 1950)¹⁶⁰. Per quanto qui rileva, peraltro, secondo la Corte Europea dei Diritti Umani

the special nature of the maritime environment relied upon by the Government in the instant case cannot justify an area outside the law where ships' crews are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction, any more than it can provide offenders with a "safe haven"¹⁶¹.

Nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, la Corte Europea dei Diritti Umani ha ammonito che

¹⁵⁹ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007, par. 24. Diversa era l'interpretazione fornita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che, nel caso *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*, 1993, relativo al rimpatrio in Haiti di persone intercettate in alto mare dalla Guardia costiera statunitense, ha ritenuto che il divieto di respingimento contenuto nella Conv. Rif. fosse applicabile soltanto nei confronti di persone che si trovassero già nel territorio degli Stati Uniti. Sul caso, v. VILLAREAL, *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.: Low Water Mark on the High Seas*, in *Houston Journal of International Law*, 1994, pp. 335-354.

¹⁶⁰ Secondo la Corte Europea dei Diritti Umani, uno Stato parte alla CEDU non risponde solo delle violazioni alla stessa occorse sul suo territorio, ma anche di quelle verificatesi al di fuori di detto territorio, quando nel luogo in cui la violazione si è verificata lo Stato parte eserciti complessivamente un controllo di fatto ("effective overall control"). Il principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte Europea dei Diritti Umani nella sentenza 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia*, Ricorso n. 15318/1989 (in particolare, v. par. 56) ed è stato confermato dalla Corte Europea dei Diritti Umani in successive pronunce.

¹⁶¹ Sentenza 29 marzo 2010 della Corte Europea dei Diritti Umani, *Medvedyev e altri c. Francia*, Ricorso n. 3394/2003, par. 81.

Whenever the State through its agents operating outside its territory exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual¹⁶².

Ancora, è il caso di ricordare che il principio di *non-refoulement* è contenuto nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed è il presupposto di altri diritti in essa enumerati. Per espressa previsione, la Carta si applica alle istituzioni e agli organi dell'Unione europea e agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione¹⁶³. E poiché il Regolamento n. 656/2014 rientra senza dubbio nel "diritto dell'Unione", i diritti previsti dalla Carta, incluso quello di protezione dal *refoulement*, devono trovare applicazione nell'ambito delle operazioni degli Stati membri ovunque queste si svolgano.

Quindi, per concludere su questo punto, e anche a premessa delle disposizioni del Regolamento n. 656/2014 che in prosieguo si illustrano, occorrerà sempre partire dal presupposto che, ovunque si svolga l'operazione marittima, gli Stati membri sono tenuti a rispettare il principio di non respingimento (art. 4, par. 1); la dignità umana (art. 4, par. 6); le particolari esigenze dei minori, compresi i minori non accompagnati, delle vittime della tratta di esseri umani, di quanti necessitano di assistenza medica urgente, delle persone con disabilità, di quanti necessitano di protezione internazionale e di quanti si trovano in situazione di particolare vulnerabilità (art. 4, par. 4); le pertinenti disposizioni in tema di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e in tema di protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, tenendo conto che "lo scambio con paesi terzi di dati personali riguardanti persone intercettate o soccorse ottenuti durante un'operazione marittima è vietato qualora sussista un serio rischio di violazione del principio di non respingimento" (art. 4, par. 5); e in generale tutti gli obblighi posti a tutela dei diritti fondamentali previsti negli strumenti internazionali ai quali sono parte¹⁶⁴.

La protezione dei diritti fondamentali e il principio di non respingimento sono richiamati e disciplinati nell'art. 4 del Regolamento n. 656/2014. In particolare, il contenuto del principio del *non-refoulement* viene espressamente illustrato al par. 1, a differenza di quanto era previsto nella decisione del Consiglio an-

¹⁶² Sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, *op. cit.* (*supra*, nota 155), par. 74.

¹⁶³ Art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁶⁴ Su questo tema v., tra gli altri, GIBNEY e SKOGLY (a cura di), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, Philadelphia, 2010, in particolare i capitoli 1 e 3; GAMMELTOFT-HANSEN, *Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights*, in CHETAIL e BAULOZ (a cura di), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham-Northampton, 2014, pp. 113-131; DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford-Portland, 2012, in particolare il capitolo 2.

nullata dalla CGUE, che pure richiamava il principio, ma senza fornirne una spiegazione¹⁶⁵.

Il par. 2 dell'art. 4 prevede che in sede di esame della possibilità di uno sbarco in un paese terzo nell'ambito della pianificazione di un'operazione marittima – vale a dire all'atto della stesura del relativo “piano operativo” – lo Stato membro ospitante, in coordinamento con gli Stati membri partecipanti e con FRONTEX, “tiene conto della situazione generale di tale paese terzo”. La stessa norma specifica che

La valutazione della situazione generale di un paese terzo è basata su informazioni provenienti da un'ampia gamma di fonti, che può comprendere altri Stati membri, organi, uffici e agenzie dell'Unione e pertinenti organizzazioni internazionali e può tener conto dell'esistenza di accordi e progetti in materia di migrazione e asilo realizzati conformemente al diritto dell'Unione e con fondi dell'Unione. Tale valutazione fa parte del piano operativo, è messa a disposizione delle unità partecipanti e, se necessario, è aggiornata.

Come si vede, la norma fa riferimento ad “accordi e progetti in materia di immigrazione e asilo” che l'Unione europea possa aver concluso o avviato con paesi terzi o organizzazioni. Eppure, tali accordi e progetti non sempre garantiscono la tutela dei diritti dell'uomo¹⁶⁶. Inoltre, come già si è avuto modo di affermare, nell'ambito del principio di non respingimento è d'obbligo anche tener conto della posizione individuale del soggetto richiedente asilo rispetto a un determinato paese, quindi non soltanto della situazione generale di uno Stato terzo per come essa risulta da statistiche e informazioni provenienti dalle fonti menzionate dalla norma. Infine, poiché i “piani operativi” non sono pubblicamente disponibili, è molto discutibile che essi costituiscano gli strumenti più appro-

¹⁶⁵ Per precisare ulteriormente il significato del principio del *non-refoulement* è utile ricordare che il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (CAT) ha chiarito che, nel testo della Conv. Tortura, dove pure il principio in questione è espressamente affermato (art. 3), “the phrase ‘another State’ (...) refers to the State to which the individual concerned is being expelled, returned or extradited, as well as to any State to which the author may subsequently be expelled, returned or extradited”. *CAT General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)*, A/53/44, annex IX, 21 novembre 1997, par. 2.

¹⁶⁶ Per tale ragione sembra inappropriato il richiamo a tali accordi e progetti nella parte del Regolamento n. 656/2014 che concerne i diritti dell'uomo, soprattutto laddove agli stessi venga riconosciuto un peso nel valutare la situazione di Stati in cui soggetti meritevoli di protezione internazionale possono essere sbarcati. In tema di accordi in materia di asilo, v. CLARK e CRÉPEAU, *Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2004, pp. 217-240; BALDACCINI, *The External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies: Old Concerns and New Approaches*, in BALDACCINI, GUILD e TONER (a cura di), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford-Portland, 2007, pp. 277-298.

priati a contenere valutazioni sulla situazione di uno Stato terzo in cui individui in fuga dal proprio paese possono essere sbarcati.

Il par. 2 dell'art. 4 prevede inoltre che

Qualora lo Stato membro ospitante o gli Stati membri partecipanti siano o avrebbero dovuto essere a conoscenza del fatto che un paese terzo mette in atto le pratiche di cui al par. 1, le persone intercettate o soccorse non sono sbarcate, costrette a entrare, condotte o altrimenti consegnate alle autorità di tale paese¹⁶⁷.

La previsione funziona bene fintanto che a porre in essere pratiche contrarie al principio di non respingimento sia un paese terzo rispetto all'Unione europea. Ci si chiede però – dal momento che la norma non lo prevede – che cosa accade se ad essere “insicuro” per i migranti sia proprio uno Stato membro dell'Unione europea (perfino lo Stato che ospita l'operazione, ovvero un altro Stato membro partecipante). Per esempio, la Grecia è stata considerata “insicura” sotto questo profilo sia dalla Corte Europea dei Diritti Umani¹⁶⁸ sia dalla CGUE¹⁶⁹. Anche qui, la soluzione è offerta in via interpretativa: poiché il par. 1 dell'art. 4 si riferisce al divieto di consegna alle autorità di un “paese” a rischio per il migrante, in via generale e senza specificare se la norma si riferisca necessariamente a un paese terzo rispetto all'Unione europea, il divieto di sbarco in un paese insicuro può senz'altro riguardare anche lo sbarco in uno Stato membro, laddove in tale Stato non possa essere garantita protezione dal *non-refoulement*¹⁷⁰. Questo po-

¹⁶⁷ V. anche il tredicesimo considerando del Regolamento n. 656/2014, che prevede che l'eventuale esistenza di un accordo tra uno Stato membro e un paese terzo non esime lo Stato membro dai suoi obblighi derivanti dal diritto internazionale e dell'Unione europea, in particolare per quanto riguarda l'osservanza del principio di non respingimento, quando lo Stato membro sia a conoscenza – o debba esserlo – del fatto che alcune lacune sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in quel paese terzo equivalgono a sostanziali motivi per ritenere che il richiedente asilo rischi concretamente di subire trattamenti inumani o degradanti, ovvero quando lo Stato membro sappia o debba sapere che quel paese terzo mette in atto comportamenti contrari al principio del non respingimento.

¹⁶⁸ Sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, *op. cit.* (*supra*, nota 55).

¹⁶⁹ Sentenza 21 dicembre 2011, *N.S. e altri c. Regno Unito* *cit.* (*cfr. supra*, nota 55). Sulle condizioni di migranti e richiedenti asilo in Grecia v. anche Amnesty International, *Frontier Europe – Human Rights Abuses on Greece's Borders with Turkey*, Londra, 2013; e Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau – Regional Study: Management of the External Borders of the European Union and Its Impacts on the Human Rights of Migrants*, doc. A/HRC/23/46, 24 aprile 2013.

¹⁷⁰ La Grecia non è l'unico Stato membro a sollevare preoccupazioni riguardo alla possibilità di sbarcarvi migranti e richiedenti asilo. *Cfr.* sentenza 23 luglio 2013 della Corte Europea dei Diritti Umani, *Suso Musa c. Malta*, Ricorso n. 42337/2012; *Not here to Stay. Report of the International Commission of Jurists on Its Visit to Malta on 26-30 September 2011*; e Amnesty International, *Malta: Collective Expulsions, Push-backs and Violating the Non-Refoulement Principle Are never an Option*, doc. EUR 33/001/2013, 12 luglio 2013.

trebbe anche significare che persone sbarcate in emergenza in un determinato Stato membro potrebbero in seguito dover essere ricollocate in un altro Stato membro per assicurare il loro bisogno di protezione, il rispetto delle norme in materia di asilo e in generale i diritti dell'uomo garantiti a livello internazionale.

Il par. 3 dell'art. 4 prevede che durante un'operazione marittima, prima che le persone intercettate o soccorse siano sbarcate o altrimenti consegnate alle autorità di un paese terzo, le unità partecipanti utilizzino, nel rispetto della sicurezza in mare, tutti i mezzi per identificare le persone, valutare la loro situazione personale, informarle della loro destinazione "in un modo per loro comprensibile o che si possa ragionevolmente supporre sia per loro comprensibile" e dar loro l'opportunità di "esprimere le eventuali ragioni per cui ritengono che uno sbarco nel luogo proposto violerebbe il principio di non respingimento".

Questa formulazione, che a una prima lettura sembrerebbe pacifica, in realtà rappresenta il risultato di complesse discussioni, come ha spiegato un membro del Parlamento europeo che partecipò ai negoziati con il Consiglio dell'Unione europea sul testo della norma in esame:

When insisting on informing persons on board of the place of disembarkation in a *way* rather than in a language they understand, the Council indicated that this would allow Member States to point just on a map to show people where they would be disembarked. Fine so far. However, if a common language does not exist, how could refugees then "express any reasons for believing that disembarkation in the proposed place would be in violation of the principle of non-refoulement" in a way Frontex would understand? They could wave or shout. But probably every person on board would wave or shout no matter if he or she is in need of protection or rather looking for a better life in Europe. And how, if everybody waves or shouts, can they make clear that an interpreter would be needed in their case¹⁷¹?

La formulazione della norma, che ora anche a chi legge sembrerà un po' meno pacifica, lascia evidentemente agli Stati e a FRONTEX una discrezionalità piuttosto ampia nel valutare le ragioni delle persone intercettate in mare, tant'è che qualcuno è giunto a paragonare la procedura oggi prevista dal Regolamento n. 656/2014 con quella che venne utilizzata dalla Guardia costiera statunitense durante le intercettazioni dei migranti haitiani in fuga dalle violenze connesse al colpo di Stato del 2004: il c.d. *shout test*¹⁷². La prova in questione era finalizzata a individuare chi fosse meritevole di un colloquio con le autorità allo scopo di valutare la sua domanda di asilo:

In fact, only three of the 905 Haitians passed what has come to be known as the

¹⁷¹ KELLER, *LIBE Special April 2014 – New Rules on Frontex Operations at Sea*, 16 aprile 2014, p. 2.

¹⁷² DEN HEIJER, *How the Frontex Sea Borders Regulation Avoids the Hot Potatoes*, Amsterdam, 2014, p. 9.

“shout test”. Although the shout test purportedly allows a person to be interviewed for a credible fear who “indicates” a fear, in practice the “shout” nomenclature seems to be closer to the mark. Only those who wave their hands, jump up and down, and shout the loudest – and are recognized as having done such – are even afforded, in theory, a shipboard refugee pre-screening interview¹⁷³.

Il par. 3 dell’art. 4 dello strumento in esame stabilisce che ulteriori dettagli relativi alla valutazione della situazione delle persone intercettate siano previsti nel piano operativo, compresa, se necessario, la disponibilità “a terra” di personale sanitario, interpreti, consulenti legali e altri esperti competenti degli Stati membri ospitanti e partecipanti. Laddove letta in collegamento alla disposizione precedente, che si riferisce a una fase precedente allo sbarco, questa previsione fa concludere che l’accesso a un interprete, il quale possa “esprimere le eventuali ragioni per cui [le persone straniere intercettate e non ancora sbarcate] ritengono che uno sbarco nel luogo proposto violerebbe il principio di non respingimento”, non è previsto a bordo, ma solo a terra, quindi a sbarco già avvenuto. Le contraddizioni insite nel par. 3 dell’art. 4 si commentano da sole. Inoltre, in questa parte, il Regolamento n. 656/2014 non sembra incorporare in maniera sufficiente il principio stabilito nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* dalla Corte Europea dei Diritti Umani, che ha rilevato e deplorato l’assenza di interpreti e di consulenti legali a bordo delle navi impegnate a intercettare in mare persone che parlano lingue non comprensibili a un equipaggio europeo¹⁷⁴.

Sempre con riferimento a principi stabiliti nella sentenza appena richiamata e confermati dalla Corte Europea dei Diritti Umani anche nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*¹⁷⁵, criticità suscita la mancanza nell’art. 4 del Regolamento n. 656/2014 di qualsiasi riferimento – anche soltanto attraverso un richiamo normativo – a rimedi giurisdizionali con effetto sospensivo avverso una decisione di rimpatrio o di sbarco in un paese diverso da quello che il migrante intercettato intendeva raggiungere¹⁷⁶. Nella prima sentenza citata, la Corte Europea dei Diritti Umani ha chiarito che

¹⁷³ FRELICK, “Abundantly clear”: *Refoulement*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, n. 2, 2005, p. 246. Il titolo del contributo citato è stato ispirato dalla dichiarazione che il Presidente George W. Bush rilasciò il 25 febbraio 2004: “I have made it abundantly clear to the Coast Guard that we will turn back any refugee that attempts to reach our shore”. Per un confronto tra diversi casi e approcci all’immigrazione irregolare in Europa e negli Stati Uniti, v. DEMBOUR e KELLY (a cura di), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, Abingdon, 2011.

¹⁷⁴ Sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, *op. cit.* (*supra*, nota 155), parr. 183-186.

¹⁷⁵ Sentenza 21 ottobre 2014 della Corte Europea dei Diritti Umani, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, Ricorso n. 16643/2009.

¹⁷⁶ Il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale è previsto dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che tuttavia non precisa che il ricorso debba avere un effetto sospensivo sulla decisione avverso la quale è proposto.

198. It results from the Court's case-law that an applicant's complaint alleging that his or her removal to a third State would expose him or her to treatment prohibited under Article 3 of the Convention "must imperatively be subject to close scrutiny by a 'national authority'" (...). That principle has led the Court to rule that the notion of "effective remedy" within the meaning of Article 13 taken in conjunction with Article 3 requires, firstly, "independent and rigorous scrutiny" of any complaint made by a person in such a situation, where "there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3" and, secondly, "the possibility of suspending the implementation of the measure impugned" (...).

199. Moreover, (...) the Court stated, in relation to Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, that a remedy did not meet the requirements of the former if it did not have suspensive effect. (...).

"The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible ... Consequently, it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision ..."

200. In view of the importance which the Court attaches to Article 3 of the Convention and the irreversible nature of the damage which may result if the risk of torture or ill-treatment materialises, the Court has ruled that the suspensive effect should also apply to cases in which a State Party decides to remove an alien to a country where there are substantial grounds for believing that he or she faces a risk of that nature (...) ¹⁷⁷.

Come sopra rilevato, nessun diritto a un ricorso con effetto sospensivo avverso le decisioni delle autorità è invece espressamente previsto dal Regolamento n. 656/2014 ¹⁷⁸.

In tema di intercettazioni in mare, lo strumento in esame, come sopra anticipato, fornisce regole diverse a seconda che le intercettazioni avvengano nel mare territoriale (art. 6) o nella zona contigua (art. 8) dello Stato ospitante o di un altro Stato membro partecipante all'operazione, ovvero in alto mare (art. 7). Il Regolamento n. 656/2014 non disciplina direttamente intercettazioni nelle acque territoriali di paesi terzi, che pertanto restano soggette alla relativa autoriz-

¹⁷⁷ Sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, *op. cit.* (*supra*, nota 155).

¹⁷⁸ Interessante è un confronto con il trentesimo considerando della c.d. Direttiva Asilo: "qualora un sostegno adeguato non possa essere fornito a un richiedente che necessita di garanzie procedurali speciali nell'ambito di procedure accelerate o di frontiera, tale richiedente dovrebbe essere esonerato da tali procedure. L'esigenza di garanzie procedurali particolari che potrebbero evitare l'applicazione di procedure accelerate o di frontiera dovrebbero significare altresì che al richiedente siano fornite garanzie supplementari nei casi in cui il suo ricorso non abbia un effetto sospensivo automatico, al fine di renderlo effettivo in circostanze specifiche".

zazione contenuta in eventuali accordi con tali paesi¹⁷⁹. Allo stesso modo, è previsto che tutte le attività operative nel mare territoriale di uno Stato membro dell'Unione europea che non partecipa all'operazione marittima si svolgono in conformità all'autorizzazione di tale Stato membro (art. 6, par. 6).

Le norme che disciplinano le intercettazioni dei natanti nei tre spazi marini contemplati dal Regolamento n. 656/2014 non pregiudicano le norme del diritto internazionale del mare in tema di giurisdizione, inclusa la norma relativa alla giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera sulle navi che incrociano in alto mare¹⁸⁰. Alcune previsioni del Regolamento n. 656/2014 si offrono tuttavia ad alcune considerazioni critiche.

Nel caso di intercettazioni nel mare territoriale (art. 6) e nella zona contigua (art. 8)¹⁸¹ è previsto che, qualora sussistano fondati motivi per “sospettare” che un natante stia trasportando migranti irregolari, lo Stato membro ospitante o partecipante autorizza le unità marittime degli altri Stati membri partecipanti a intraprendere alcune azioni nel proprio spazio marino: raccogliere informazioni e documenti relativi al natante e alle persone a bordo, ovvero – si presume quando il sospetto sia maggiore? – ispezionare il natante e interrogare le persone a bordo. Se vengono riscontrate “prove a conferma del sospetto”, lo Stato

¹⁷⁹ Questo nonostante la Commissione, in passato, avesse formulato l'obiettivo di definire l'ambito di intervento di FRONTEX e degli Stati membri anche nel mare territoriale di paesi terzi: “In conducting joint operations, teamwork and synergies between Member States is the key to success. In this context regional agreements could define the right of surveillance and interception of vessels in the territorial waters of relevant countries of origin and transit, smoothing the way for the implementation of joint operations by FRONTEX as it would avoid the need for ad hoc agreements for each individual operation”, *Reinforcing the management of the European Union Southern's maritime borders*, COM(2006) 733 final, Bruxelles, 30 novembre 2006, par. 33. Sugli accordi tra la Spagna e alcuni paesi dell'Africa nord-occidentale, che hanno contemplato interventi della *Guardia Civil* spagnola nel mare territoriale di Marocco, Senegal, Mauritania e Capo Verde, sollevando anche preoccupazioni sul rispetto dei diritti umani, v. ANDRADE, *Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: a Spanish Perspective*, in RYAN & MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial Immigration Control – Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, pp. 311 ss.

¹⁸⁰ Per i poteri di intervento degli Stati nei diversi spazi marini secondo il diritto internazionale, v. in questo volume PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana*; PAPASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High Seas – Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, Oxford-Portland, 2013.

¹⁸¹ Nella proposta originaria della Commissione europea, le disposizioni sulla zona contigua erano identiche a quelle previste per il mare territoriale. La formulazione originaria quindi non si allineava a quanto previsto dal diritto internazionale del mare, che nella zona contigua riconosce poteri di intervento più limitati allo Stato costiero (e così, di conseguenza, anche un più limitato potere di autorizzare altri Stati a intervenire). La formulazione attuale, che contiene l'inciso “solo per misure necessarie a impedire la violazione di pertinenti disposizioni legislative e regolamentari all'interno del territorio o delle acque territoriali di tale Stato membro”, è invece ora compatibile con il diritto internazionale del mare in materia di zona contigua.

membro ospitante o partecipante può autorizzare le unità marittime degli altri Stati partecipanti a:

- (a) sequestrare il natante e fermare le persone a bordo;
- (b) ordinare al natante di cambiare la rotta per uscire dalle acque territoriali o dalla zona contigua o per dirigersi altrove, anche scortandolo o navigando in prossimità fino a che non sia confermato che il natante stia rispettando la rotta indicata;
- (c) condurre il natante o le persone a bordo nello Stato membro costiero in conformità al piano operativo.

In primo luogo, questa disposizione suscita serie perplessità laddove, al punto (b), prevede che al natante, che potenzialmente trasporta anche persone meritevoli di protezione internazionale, possa essere imposto un cambio di rotta per dirigersi altrove. La proposta originaria della Commissione era ancora peggiore sotto questo aspetto, perché prevedeva che l'imposizione del cambio di rotta potesse essere autorizzata in presenza non già di "prove a conferma", ma anche soltanto del mero "sospetto" che il natante fosse coinvolto nel traffico di migranti. Tuttavia, anche la formulazione attuale comporta il rischio di violazione dei divieti di espulsioni collettive e di *refoulement* di fatto: infatti, anche sussistendo prove a conferma che il natante è intento nel trafficare migranti, senza una valutazione della situazione individuale delle persone a bordo il rischio di violazione è concreto, perché alle persone che vengono respinte collettivamente "altrove" viene fisicamente impedito l'accesso alle procedure di salvaguardia e di valutazione dei loro diritti nell'ambito della giurisdizione che avevano raggiunto¹⁸².

In secondo luogo, la norma di cui al punto (b) si trova anche in parziale contraddizione rispetto a quanto previsto dall'art. 10, par. 1 (a), del Regolamento n. 656/2014, secondo il quale, "in caso di intercettazioni nelle acque territoriali e nella zona contigua, lo sbarco avviene nello Stato membro costiero", ma è comunque fatta salva l'autorizzazione a imporre al natante il cambio di rotta. Non è per niente chiaro, pertanto, quale sia l'azione che il Regolamento n. 656/2014 stabilisce di intraprendere in questi casi; la discrezionalità dello Stato membro ospitante o dello Stato membro partecipante nel cui spazio marino si trova il natante è evidentemente molto ampia e ben si offre alla possibilità di respingimenti di fatto e di espulsioni collettive.

Ancora, l'autorizzazione a "scortare" il natante e a "navigare in prossimità" dello stesso, laddove venga abusata dalle unità marittime degli Stati partecipan-

¹⁸² Si noti che il rischio di *refoulement* in questo caso sussiste anche a prescindere dal fatto che il natante intercettato sia intento in un'attività che non ricade nella nozione di passaggio "inoffensivo" secondo l'art. 19 della CNUMD (scarico di persone in violazione delle leggi e dei regolamenti di immigrazione vigenti nello Stato costiero). Occorre infatti interpretare la norma anche alla luce del diritto internazionale dei rifugiati.

ti, può comportare seri rischi per la sicurezza della navigazione e per l'incolumità delle persone, come il naufragio della *Kater i Rades*, speronata nel canale d'Otranto nel 1997, ha tragicamente dimostrato¹⁸³.

Infine, la norma in esame solleva dei dubbi riguardo alla sua compatibilità con il CFS. Secondo il suo art. 3, il CFS si applica "a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne di uno Stato membro, senza pregiudizio (...) dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento". L'art. 5 del CFS stabilisce in maniera puntuale le "condizioni di ingresso per i cittadini di paesi terzi". La norma del Regolamento n. 656/2014 sopra richiamata, prevedendo che possa essere intimato il cambio di rotta a un natante sulla base di "prove a conferma del sospetto" che lo stesso sia intento a trafficare migranti, stabilisce un parametro assai più vago per giustificare l'espulsione rispetto al riscontro della sussistenza delle condizioni di ingresso ai sensi dell'art. 5 del CFS. Inoltre, l'imposizione del cambio di rotta per espellere un natante dal territorio di uno Stato membro certamente priva le persone a bordo di quelle garanzie procedurali che l'art. 13 del CFS invece prevede nei casi in cui viene negato l'ingresso in uno Stato membro¹⁸⁴.

L'art. 7 del Regolamento n. 656/2014, relativo alle intercettazioni in alto mare, richiama innanzi tutto il pertinente diritto internazionale, incluso il principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera, ma aggiunge anche qualcosa di nuovo:

qualora sussistano fondati motivi di sospettare che un natante in alto mare sia utilizzato per il traffico di migranti via mare, le unità partecipanti adottano una o più delle seguenti misure, previa autorizzazione dello Stato di bandiera, conformemente al protocollo per combattere il traffico di migranti e, se del caso, al diritto nazionale e internazionale:

(a) chiedere informazioni e documenti riguardanti la proprietà, l'immatricolazione ed elementi relativi al viaggio del natante, nonché l'identità, la cittadinanza e altri dati pertinenti delle persone a bordo, compreso se vi sono a bordo persone che necessitano di assistenza medica urgente;

(b) fermare il natante e provvedere alla visita a bordo, all'ispezione del natante, del carico e delle persone a bordo e interrogare le persone a bordo e informarle che i

¹⁸³ Sul naufragio della *Kater i Rades*, v. in questo volume SCOVAZZI, *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*.

¹⁸⁴ Cfr. art. 13 CFS, in particolare: "2. Il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise. Il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d'applicazione immediata. (...) 3. Le persone respinte hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale. Al cittadino di paese terzo sono altresì consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per conto del cittadino di paese terzo a norma della legislazione nazionale."

conducenti del natante potrebbero essere passibili di sanzioni per aver favorito il viaggio.

Riguardo al diritto di visita a bordo di una nave straniera in alto mare, esso è riconosciuto soltanto in limitate ipotesi nel diritto internazionale del mare, tra le quali il sospetto che la nave stia trafficando migranti non è contemplato¹⁸⁵. Vero è che la visita a bordo, secondo la formulazione letterale della norma in esame, può essere previamente autorizzata dallo Stato di bandiera del natante che trasporta migranti, ma, abbandonando il mondo della teoria, si deve constatare che ciò è assai poco verosimile e che, comunque, la maggioranza dei natanti intenti nel traffico di migranti è privo di bandiera. Il diritto di visita, in questo caso, è giustificato dal fatto che il natante è appunto privo di nazionalità¹⁸⁶, ma ancora più spesso è giustificato dalla necessità di prestare soccorso al natante intercettato (obbligo che sussiste in ogni caso, anche se la norma in esame non lo ricorda).

L'art. 7 continua, al par. 2, prevedendo che, laddove siano riscontrate "prove a conferma del sospetto" che il natante stia trafficando migranti, le unità partecipanti possono:

- (a) sequestrare il natante e fermare le persone a bordo;
- (b) avvertire il natante e ordinarli di non entrare nelle acque territoriali o nella zona contigua e, se necessario, chiedere al natante di cambiare la rotta per dirigersi verso una destinazione diversa dalle acque territoriali o dalla zona contigua;
- (c) condurre il natante o le persone a bordo in un paese terzo o altrimenti consegnare il natante o le persone a bordo alle autorità di un paese terzo;
- (d) condurre il natante o le persone a bordo nello Stato membro ospitante o in uno Stato membro limitrofo partecipante.

I punti (b) e (c) della norma richiamata contemplano tuttavia delle possibilità che non sono facilmente conciliabili con il diritto internazionale del mare. Ordinare a un natante in alto mare di cambiare la sua rotta, ovvero condurlo dall'alto mare al porto di un paese terzo, consegnando le persone alle relative autorità, sono attività incompatibili con il principio della libertà di navigazione se non vengono previamente autorizzate dallo Stato di bandiera del natante¹⁸⁷. Quanto

¹⁸⁵ L'art. 110 della CNUDM prevede infatti che, salvo il caso in cui gli atti di ingerenza derivino da poteri conferiti in virtù di trattati, una nave da guerra che incrocia una nave straniera in alto mare non avente diritto alla completa immunità secondo il disposto degli artt. 95 e 96, non può legittimamente abordarla, a meno che non vi siano fondati motivi per sospettare che: a) la nave sia impegnata in atti di pirateria; b) la nave sia impegnata nella tratta di schiavi; c) la nave sia impegnata in trasmissioni abusive e lo Stato di bandiera della nave da guerra goda dell'autorità di cui all'art. 109; d) la nave sia priva di nazionalità; ovvero e) pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, la nave abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra.

¹⁸⁶ Art. 110, par. 1, lett. d), CNUDM. Cfr. art. 7, par. 11, Regolamento n. 656/2014.

¹⁸⁷ Art. 87, CNUDM.

alle persone a bordo, il punto (c) sarebbe giustificato nel diritto internazionale soltanto in circostanze eccezionali, come per esempio nel contesto di un'operazione di salvataggio, per sbarcare le persone soccorse in un luogo sicuro, ovvero per consentire lo svolgersi delle procedure relative alle domande di asilo effettuate a bordo della nave dello Stato che ha soccorso il natante, o ancora per perseguire penalmente i responsabili del traffico di migranti e di altri eventuali reati contro le persone o contro la sicurezza della navigazione. Su questo aspetto, tuttavia, non si può nemmeno prescindere da un collegamento con l'art. 10, par. 1 (b), che recita:

nel caso di intercettazione in alto mare di cui all'art. 7, lo sbarco può avvenire nel paese terzo da cui si presume che il natante sia partito. Ove ciò non sia possibile, lo sbarco avviene nello Stato membro ospitante.

La previsione appena richiamata, come si vede, non contempla che le persone intercettate in alto mare siano identificate e che la loro situazione individuale sia valutata prima che venga effettuato il rimpatrio. Lo sbarco è previsto nello Stato ospitante solo se il rimpatrio "non sia possibile", senza altre precisazioni. Questa previsione, che può aprire la strada a respingimenti di fatto, non sembra in linea con i principi sanciti dalla Corte Europea dei Diritti Umani nel caso *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*.

Passando a esaminare le disposizioni del Regolamento n. 656/2014 in tema di ricerca e soccorso (art. 9), la premessa necessaria è quella per cui lo Stato che presta il soccorso è anche quello che è poi tenuto a provvedere allo sbarco delle persone soccorse e, se nel suo territorio, alla valutazione delle eventuali domande di protezione internazionale. Questa circostanza, che deriva da precisi obblighi internazionali, spiega perché gli Stati spesso preferiscano partecipare alle operazioni con mezzi aerei (che non possono imbarcare persone), piuttosto che con navi ufficiali; e spiega anche perché, in diversi casi, comandanti di imbarcazioni non deputate ufficialmente alla sorveglianza marittima, ma che nondimeno dovrebbero provvedere al soccorso in mare di persone bisognose, evitano di rispondere alla chiamata per svincolarsi da tutti gli oneri – non solo burocratici, ma anche economici, in termini di tempo – che conseguono al soccorso. In altri casi, il picco di insofferenza raggiunto da alcuni strumenti legislativi nazionali nell'affrontare il fenomeno dell'immigrazione irregolare ha perfino condotto all'imputazione di persone che, dopo aver soccorso migranti che versavano in mare in condizioni gravi, hanno subito processi con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina¹⁸⁸. Il fenomeno di sottrazione collettiva agli obblighi di

¹⁸⁸ *Prosciolti i due pescatori che nel 2007 salvarono 44 profughi nel Canale di Sicilia*, Il Fatto Quotidiano, 26 settembre 2011. A questo proposito: "Saving lives at sea is not simply a question of enhancing rescue efforts, but requires the elimination of sanctions for rescue at sea that signifi-

soccorso è stato descritto in termini desolanti all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa dalla relattrice Tineke Strik, che così riassumeva, nel 2012, la vicenda di un piccolo natante che, partito da Tripoli il 26 marzo 2011 con a bordo 72 persone, fu ritrovato sulla costa libica dopo due settimane alla deriva con soltanto 9 sopravvissuti:

No one went to the aid of this boat, despite a distress call logged by the Italian Maritime Rescue Coordination Centre, which pinpointed the boat's position. There were also a number of alleged direct contacts between the boat in distress and other vessels, including a helicopter that dropped biscuits and water, but never returned, two fishing vessels, both of which refused to provide assistance, and a large military vessel which came into close contact with the boat, but ignored obvious distress signals.

From this story, a catalogue of failures became apparent: the Libyan authorities failed to maintain responsibility for their Search and Rescue zone, the Italian and Maltese Maritime Rescue Coordination Centres failed to launch any search and rescue operation, and NATO failed to react to the distress calls, even though there were military vessels under its control in the boat's vicinity when the distress call was sent (including the Mendez Núñez which was estimated to have been 11 miles away although this distance is disputed by Spain). The flag States of vessels close to the boat also failed to rescue the people in distress¹⁸⁹.

Restano tristemente famose – anche perché non si è trattato di casi isolati – le vicende di migranti naufraghi rimasti aggrappati alle gabbie di tonni per giorni nel Canale di Sicilia, prima che Malta e l'Italia trovassero un accordo sulle relative responsabilità di intervento e di sbarco¹⁹⁰. Un altro caso ancora è quello di navi che, trovandosi nelle vicinanze di un natante in pericolo, potrebbero rispondere alla chiamata del centro di coordinamento del soccorso competente, ma sfuggono di proposito ai rilevamenti:

there were 76 ships in the area of rescue. The call center called them all, and within one minute there were only six ships left on the radar screen. All the others switched off their radar signal¹⁹¹.

cantly impede and counter the proper functioning of the international rescue regime”, BASARAN, *Saving Lives at Sea: Security, Law and Adverse Effects*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, pp. 365-387.

¹⁸⁹ Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Lives lost in the Mediterranean Sea: who is responsible?*, doc. 12895, 5 aprile 2012.

¹⁹⁰ *Per 24 ore aggrappati alle gabbie dei tonni: 27 migranti salvati da una nave italiana*, La Repubblica, 2 maggio 2007; *Attaccati alla rete di una tonnara. Sette migranti muoiono nel Canale di Sicilia*, Radio24, 17 giugno 2013.

¹⁹¹ BBC News, *Mediterranean Migrants: EU rescue policy criticized*, 12 novembre 2014.

Forti tensioni tra alcuni Stati membri, in particolare l'Italia e Malta, si sono nel tempo determinate a causa di interpretazioni divergenti degli obblighi di ricerca e soccorso previsti dal diritto internazionale, in particolare nella Convenzione SAR. Malta, che nell'ambito della Convenzione SAR ha una regione di ricerca e soccorso in mare molto ampia rispetto alla sua estensione terrestre, includendo anche Lampedusa, sostiene che il "luogo sicuro" per lo sbarco delle persone soccorse sia quello più vicino al punto in cui è avvenuto il soccorso (un'interpretazione che porta spesso a individuare il luogo sicuro in un porto italiano). L'Italia, da parte sua, sostiene invece che le persone soccorse dovrebbero essere sbarcate in un porto dello Stato nella cui regione di ricerca e soccorso è avvenuto il salvataggio (un'interpretazione che spesso conduce a individuare in Malta lo Stato di destinazione). Questa circostanza spiega perché, nel 2004, Malta si è opposta agli emendamenti alla Convenzione SAR che hanno previsto la "responsabilità primaria" dello Stato della relativa regione di ricerca e soccorso per coordinare e assicurare l'assistenza e lo sbarco delle persone soccorse in mare¹⁹². Anche il concetto di "pericolo", che giustifica il soccorso, è interpretato in modo vario dagli Stati membri, andando da situazioni in cui vi è un rischio imminente di perdita di vite umane a situazioni di minore emergenza ma altrettanto suscettibili di comportare pregiudizi per la sicurezza e la vita umane¹⁹³.

L'art. 9 del Regolamento n. 656/2014 richiama innanzi tutto, al par. 1, l'obbligo di prestare assistenza a natanti e persone in pericolo in mare, che sussiste in capo a tutti gli Stati membri "conformemente al diritto internazionale e nel rispetto dei diritti fondamentali". La norma prosegue enumerando una serie di disposizioni piuttosto dettagliate in tema di ricerca e soccorso, basandosi su due definizioni che riguardano, rispettivamente, il concetto di "pericolo" e quello di "luogo sicuro". Come appena ricordato, questi due concetti erano già oggetto di opinioni assai divergenti tra gli Stati membri, che il Regolamento n. 656/2014 si è appunto proposto di armonizzare. Tuttavia, il tentativo ha condotto a un'armonizzazione soltanto apparente.

In particolare, il "luogo sicuro" è definito all'art. 2 come "luogo in cui si ritiene che le operazioni di soccorso debbano concludersi e in cui la sicurezza per la vita dei sopravvissuti non è minacciata, dove possono essere soddisfatte le necessità umane di base e possono essere definite le modalità di trasporto dei sopravvissuti verso la destinazione successiva o finale tenendo conto della protezione dei loro diritti fondamentali nel rispetto del principio di non respingimento"¹⁹⁴. Come si vede, la definizione lascia in realtà ancora aperta a interpreta-

¹⁹² Resolution MSC.155(78), *Adoption of amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979, as amended*, Annex 5, 20 maggio 2004, para. 3.1. L'Italia ha accettato gli emendamenti.

¹⁹³ Il tipico esempio, nel primo caso, è quello della nave che sta affondando; nel secondo caso, un esempio è il natante in condizioni di sovraffollamento.

¹⁹⁴ È apprezzabile il riferimento espresso al principio di non respingimento nella definizione di "luogo sicuro", che mancava nella proposta originaria della Commissione.

zione l'individuazione del luogo in cui si possano ritenere concluse le operazioni alla luce di tutti i parametri elencati. L'art. 10, par. 1 (c), lascia esclusivamente al centro di coordinamento del soccorso competente l'individuazione di tale luogo. Una regola residuale è però prevista quando, per garantire l'incolumità delle persone soccorse e della sua stessa sicurezza, l'unità partecipante che ha prestato il soccorso effettui lo sbarco delle persone soccorse "nello Stato membro ospitante"¹⁹⁵.

Quanto al concetto di "pericolo", l'art. 9, par. 2, ha introdotto una serie di tre "fasi", in una scala di gravità crescente, fornendo degli esempi che possono rientrare in ciascuna fase. In particolare, la norma prevede una "fase di incertezza", una "fase di allarme" e una "fase di pericolo". Curioso è il fatto che, al di là degli esempi e della discutibile differenza e utilità delle diverse fasi¹⁹⁶, le azioni che il Regolamento n. 656/2014 stabilisce di intraprendere sono poi sempre le stesse in tutte e tre le fasi:

(a) se, nel corso di un'operazione marittima, le unità partecipanti hanno motivo di ritenere di trovarsi di fronte a una fase di incertezza, allarme o pericolo per un natante o qualunque persona a bordo, esse trasmettono tempestivamente tutte le informazioni disponibili al centro di coordinamento del soccorso competente per la regione di ricerca e soccorso in cui si è verificata la situazione e si mettono a disposizione di tale centro di coordinamento del soccorso;

(b) le unità partecipanti informano quanto prima il centro internazionale di coordinamento di ogni contatto con il centro di coordinamento del soccorso e di quanto da esse eseguito; (...);

(g) in attesa delle istruzioni del centro di coordinamento del soccorso, le unità partecipanti adottano tutte le opportune misure per salvaguardare l'incolumità delle persone interessate.

Non specificando, tuttavia, in quale momento le operazioni di soccorso devono iniziare, il Regolamento n. 656/2014 lascia a ogni centro di coordinamento del soccorso e alle unità partecipanti di decidere se intervenire già di fronte a casi di natanti evidentemente sovraffollati, ovvero solo nelle situazioni estreme

¹⁹⁵ Malta si è sempre opposta a questa previsione, che era già contenuta negli "orientamenti" allegati alla decisione del Consiglio annullata dalla CGUE, e infatti ha ritirato la propria disponibilità a ospitare operazioni congiunte coordinate da FRONTEX fin dal 2010 (anno di adozione della decisione annullata, oggi sostituita dal Regolamento n. 656/2014).

¹⁹⁶ Soprattutto rispetto alle prime due: ai sensi dell'art. 9, par. 2 (c)(i), si ha una fase di incertezza "quando una persona è stata segnalata come scomparsa", il che presume che i tentativi di contattarla sono falliti e che non si hanno altre informazioni sulla persona in questione; ai sensi dell'art. 9, par. 2(d)(i), si entra in una "fase di allarme" "quando in seguito a una fase di incertezza, i tentativi di stabilire un contatto con una persona o con un natante sono falliti e le richieste di informazioni rivolte ad altre fonti appropriate non hanno dato esito". Ai fini pratici, qual è la differenza?

di naufragio¹⁹⁷. Non è chiaro nemmeno quali siano le “misure opportune” che le unità partecipanti sono chiamate ad adottare per salvaguardare l’incolumità delle persone a bordo.

Un altro problema sorge quando il centro di coordinamento del soccorso di un paese terzo, competente per la regione di ricerca e soccorso in cui si trova il natante, non risponda alle comunicazioni trasmesse dalle unità partecipanti all’operazione congiunta, che attendono sue istruzioni¹⁹⁸. In questo caso, è previsto all’art. 9, par. 2 (i), che l’unità partecipante contatti il centro di coordinamento del soccorso dello Stato membro ospitante, salvo che tale unità partecipante ritenga che un altro centro di coordinamento del soccorso riconosciuto a livello internazionale sia in condizione di assumere in maniera più efficace il coordinamento della situazione di ricerca e soccorso. Ora, dal momento che la capacità di rispondere alle chiamate di soccorso di alcuni centri di coordinamento regionali del Nord Africa è limitata, a causa dei pochi mezzi e del personale a disposizione, è importante che i centri di coordinamento del soccorso europei, più attrezzati, siano immediatamente contattati quando le unità partecipanti alle operazioni si imbattono in persone in pericolo in mare¹⁹⁹.

Alle disposizioni del Regolamento n. 656/2014 in tema di sbarco, contenute nell’art. 10, si è già avuto modo di riferirsi laddove sono state richiamate le norme in tema di intercettazione nel mare territoriale (art. 6), nella zona contigua (art. 8) e in alto mare (art. 7), nonché la definizione di “luogo sicuro”. L’unica previsione che non si è ancora avuto modo di ricordare è quella che afferma che le modalità di sbarco di cui all’art. 10 “non producono l’effetto di imporre obblighi agli Stati membri che non partecipano all’operazione marittima, salvo che essi autorizzino espressamente l’adozione di misure nelle loro acque territoriali o nella zona contigua ai sensi dell’art. 6, par. 6, o dell’art. 8, par. 2”. Ebbene, si ritiene che questa disposizione, anche se il Regolamento n. 656/2014 non lo ricorda, sia comunque da interpretare alla luce dell’art. 80 del TFUE, il quale prevede che le politiche dell’Unione in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione e la loro attuazione sono governate dal “principio di solidarietà” e di “equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario”. Se quindi è vero che le modalità di sbarco non possono comportare obblighi per gli Stati membri non partecipanti all’operazione congiunta, è an-

¹⁹⁷ DEN HEIJER, *op. cit.* (*supra*, nota 172), p. 13.

¹⁹⁸ Art. 9, par. 2 (a).

¹⁹⁹ Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, *The “left-to-die boat”: actions and reactions*, doc. 13532, 9 giugno 2014, par. 65: “While efforts will be made to strengthen the capacity for SAR in North Africa, at present these capacities remain weak. It will therefore be essential at least in the short term that European Rescue Coordination Centers are immediately contacted when boats in distress at sea are identified in order to get rescue operations under way as soon as possible.”

che vero che, in virtù dei principi di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità appena richiamati, questi Stati saranno comunque tenuti a fornire un sostegno – per esempio attraverso procedure di ricollocazione di persone e altre disponibilità di natura tecnica e finanziaria – agli Stati membri che partecipano all'operazione.

Concludendo sul Regolamento n. 656/2014, l'art. 13 prevede che FRONTEX presenti al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione una relazione annuale sull'applicazione pratica dello strumento. A oggi, è disponibile soltanto la prima relazione, relativa al primo anno di operatività del Regolamento n. 656/2014. In particolare, è previsto che la relazione contenga

una descrizione delle procedure messe in atto dall'Agenzia per applicare il presente regolamento durante le operazioni marittime e informazioni sull'applicazione pratica del presente regolamento, comprese informazioni dettagliate sul rispetto dei diritti fondamentali, nonché sull'impatto su tali diritti e su eventuali incidenti.

Se così fosse stato, tale documento avrebbe suscitato un profondo interesse e sarebbe stato uno strumento molto utile per valutare il risvolto pratico delle disposizioni introdotte nel 2014 in tema di ricerca, soccorso e sbarco e per controllare il rispetto dei diritti fondamentali nel contesto delle operazioni marittime congiunte degli Stati membri e coordinate dall'Agenzia. Peccato che, della relazione presentata il 9 luglio 2015 da FRONTEX alle tre istituzioni comunitarie, un terzo – 7 pagine su 21 – sia costituito dall'infinita lista degli acronimi utilizzati nel testo della relazione; due pagine siano impiegate per dire che i piani operativi delle operazioni già in atto al momento dell'entrata in vigore del Regolamento n. 656/2014 sono stati opportunamente adattati al nuovo strumento (ma i piani operativi non sono resi pubblici); e le informazioni "dettagliate" sul rispetto dei diritti fondamentali, nonché sull'impatto su tali diritti e su eventuali incidenti si riducono a un paio di pagine per ogni operazione (in tutto cinque: *Hermes*, *Triton*, *Poseidon-Sea*, *Indalo* e *Hera*), dalle quali peraltro non si comprende se e come i diritti fondamentali siano stati rispettati, né quali misure sono state adottate nei casi – nemmeno quelli riportati nel documento – di incidenti²⁰⁰. Per esempio, nella breve sezione della relazione di FRONTEX dedicata all'operazione *Triton*, si legge che tutte le persone soccorse durante l'operazione nel 2014 furono sbarcate in Italia, senza eccezioni, e che

persons expressing, in any way, a fear of suffering serious harm if (s)he is returned to his/her country of origin or former habitual residence, asking or claiming for asylum or any other form of international protection, were referred by the

²⁰⁰ FRONTEX, *Frontex' Annual Report on the implementation of the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders*, Varsavia, 9 luglio 2015.

G[uest] O[fficer]s to the Italian Team Leader with whom they work.

The Italian Team Leader was responsible to hand over those persons referred by the G[uest] O[fficer]s to the competent Italian authority – local Prefectures (via local Immigration Offices) and Department for Civil Freedom and Immigration for an examination of their *status*²⁰¹.

Nessuna spiegazione è stata però fornita da FRONTEX sulla presenza – almeno a terra – di personale sanitario, interpreti, consulenti legali e altri esperti competenti; sulle modalità con cui sia stato garantito il rispetto delle particolari esigenze dei minori, compresi i minori non accompagnati, delle vittime della tratta di esseri umani, di quanti necessitavano di assistenza medica urgente, delle persone con disabilità; sulle modalità di utilizzo dei dati personali delle persone intercettate o soccorse; sulla formazione del personale partecipante all'operazione marittima in materia di diritti fondamentali, di diritto dei rifugiati e di regime giuridico internazionale in materia di ricerca e soccorso; e sulle modalità con cui sia stato assicurato il rispetto della dignità umana, come richiesto dall'art. 4 del Regolamento n. 656/2014. Nulla è poi spiegato nella relazione riguardo a come sia avvenuta la selezione delle persone successivamente indirizzate dal Capo squadra italiano sul presupposto che fossero *prima facie* meritevoli di protezione internazionale; né è chiaro quale sia stata la sorte di tutti coloro che, invece, non hanno superato quella fase, né come e perché siano stati “scartati”, e da chi.

Le conclusioni di FRONTEX per l'anno 2014, presentate nelle poche righe dell'ultima pagina della relazione, sono sterili e non forniscono alcun elemento utile a valutare il concreto operare dell'Agenzia e degli Stati membri nella sorveglianza delle frontiere marittime esterne e nel soccorso in mare:

Frontex conclusion is that the new Regulation achieved the objective of setting up clear rules for the surveillance of the sea borders contributing to the reinforcement of the capacity of saving lives at sea, promoting the fundamental rights of migrants without prejudice to the performance of border surveillance²⁰².

Il tenore pubblicitario della conclusione di FRONTEX contrasta con le ben diverse conclusioni presentate da organizzazioni non governative attive nel settore dei diritti umani e dallo stesso Forum consultivo per i diritti fondamentali dell'Agenzia. Per esempio, quest'ultimo, nella sua relazione relativa al 2014, aveva espressamente raccomandato all'Agenzia di inserire nel suo programma di lavoro per il 2015 una spiegazione riguardo alle modalità con cui i piani operativi avrebbero inteso assicurare il rispetto dei diritti fondamentali, ma la raccomandazione non è stata seguita dall'Agenzia:

²⁰¹ *Ibidem*, p. 8.

²⁰² *Ibidem*, p. 15.

In the context of fundamental rights protection, the third priority for 2015 should be to implement the Frontex maritime borders surveillance regulation [(Regolamento n. 656/2014)]. The programme of work needs to explain what will be done so that operational plans comply with fundamental rights obligations, and how they will provide “details on cases of disembarkation in third countries and how each element of the procedures [...] was applied by the participating units to ensure compliance with the principle of non-refoulement” (see Article 4(3) [of Regulation n. 656/2014]).

Results – This proposal has not been taken on in the final version of the programme of work²⁰³.

Infine, anche per quanto concerne i c.d. “sistemi di sorveglianza” utilizzati nel contrasto all’immigrazione irregolare si pongono alcune questioni. A questo riguardo, il Regolamento n. 656/2014 richiama, al sesto considerando, il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (in seguito: EUROSUR), istituito dal Regolamento n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013²⁰⁴.

Anche sull’onda emotiva del naufragio di Lampedusa del 2013, EUROSUR era stato presentato come uno strumento chiave nel contrasto all’immigrazione irregolare e nella prevenzione della perdita di vite umane in mare²⁰⁵. La Commissione europea aveva accolto l’adozione da parte del Parlamento europeo del relativo regolamento con entusiasmo, sostenendo che EUROSUR

(...) will make an important contribution in protecting our external borders and help in saving lives of those who put themselves in danger to reach Europe’s shores. It will strengthen the information exchange and cooperation within and between Member States’ authorities, as well as with the EU border agency Frontex. Information on incidents and patrols will be shared immediately by the newly established National Coordination Centres and Frontex. This will increase our possibilities to prevent cross-border crimes, such as drug trafficking or trafficking in human beings, but also to detect and provide assistance to small migrant boats in distress²⁰⁶.

²⁰³ Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, *Second Annual Report 2014* cit. (*supra*, nota 102), p. 19.

²⁰⁴ Il Regolamento n. 1052/2013 è stato applicato a decorrere dal 2 dicembre 2013 (art. 24, par. 2). Solo per alcuni Stati membri era stato stabilito l’obbligo di attivare per quella data un Centro nazionale di coordinamento: Bulgaria, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia, Slovacchia e Finlandia. Per gli altri Stati membri, quest’obbligo è invece decorso a partire dal 1° dicembre 2014.

²⁰⁵ Cfr. le conclusioni del Consiglio del 24 e 25 ottobre 2013, doc. EUCO 169/13, Bruxelles, 25 ottobre 2013, par. 47: “Swift implementation by Member States of the new European Border Surveillance System (EUROSUR) will be crucial to help detecting vessels and illegal entries, contributing to protecting and saving lives at the EU’s external borders.”

²⁰⁶ *Cecilia Malmström welcomes the European Parliament’s vote on EUROSUR*, Bruxelles, 9 ottobre 2013.

EUROSUR è un sistema tecnologicamente avanzato di infrastrutture per il trattamento e la comunicazione di dati che servirebbe a mettere a disposizione degli Stati membri e di FRONTEX, attraverso una rete di scambio informatica, una serie di informazioni da utilizzare anche per prevenire le partenze di potenziali migranti verso il territorio europeo, rafforzando la capacità di controllo sulle frontiere esterne dello spazio Schengen²⁰⁷. Il sistema si applica alla sorveglianza delle frontiere esterne terrestri e marittime e include monitoraggio, localizzazione, identificazione, prevenzione e intercettazione degli attraversamenti non autorizzati delle frontiere “al fine di individuare, prevenire e combattere l’immigrazione clandestina e la criminalità transfrontaliera e contribuire a garantire la protezione e la salvezza della vita dei migranti”²⁰⁸. L’art. 2, par. 4, del relativo regolamento stabilisce l’obbligo per gli Stati membri e per FRONTEX di rispettare i diritti fondamentali, in particolare i principi di non respingimento e di rispetto della dignità umana e gli obblighi di protezione dei dati. A questo proposito, il regolamento considera prioritarie le speciali esigenze dei minori, dei minori non accompagnati, delle vittime della tratta di esseri umani, delle persone bisognose di assistenza medica urgente, delle persone bisognose di protezione internazionale, di quanti si trovano in pericolo in mare e di chiunque si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità. Non è chiaro, tuttavia, in che modo EUROSUR riuscirebbe a garantire questi risultati.

Ora, al di là dei costi a carattere permanente che il sistema EUROSUR necessita per funzionare²⁰⁹, il rischio – almeno in parte – potrebbe essere che l’entusiasmo per i sistemi tecnologici di sorveglianza riceva la spinta maggiore dagli interessi affaristici di società private specializzate nel settore della sicurezza e nello sviluppo dei relativi sistemi informatici, piuttosto che da organizzazioni e istituzioni deputate ad affrontare il fenomeno dell’immigrazione irregolare nel rispetto dei diritti dell’uomo²¹⁰. A questo proposito, non è che da condividere la considerazione del seguente gruppo di giuristi indipendenti:

the Meijers Committee not only has doubts with regard to the necessity and efficien-

²⁰⁷ Non si tratta dell’unico sistema di sorveglianza finora elaborato, ma è quello che trova l’appoggio della Commissione europea e di FRONTEX. Cfr. CARRERA e DEN HERTOOG, *op. cit.* (*supra*, nota 3), pp. 16-19.

²⁰⁸ Art. 2, par. 1, Regolamento n. 1052/2013.

²⁰⁹ “The cost estimates for EUROSUR amount to € 244 million for 2014-2020, including costs for set-up, maintenance and personnel. These costs would be almost fully covered by existing EU programmes under the current and next multiannual financial framework of the Union”, Commissione europea, *EUROSUR: new tools to save migrants’ lives at sea and fight cross-border crime*, Bruxelles, 19 giugno 2013.

²¹⁰ Cfr. LEMBERG-PEDERSEN, *Private Security Companies and the European Borderscapes*, in GAMMELTOFT-HANSEN & NYBERG SØRENSEN (a cura di), *The Migration Industry: The Commercialization of International Migration*, Oxford, 2011, pp. 152-172.

cy of the proposed measures (also considering the high permanent costs involved), but is also very concerned with regard to the effects of Eurosur for the fundamental rights of asylum seekers and refugees, including the right to privacy and data protection. In particular, the Meijers Committee warns against the risks of increased surveillance as this might also increase the human costs of undocumented migration: border surveillance indeed will have an impact on migration routes but not on the root causes of migration²¹¹.

In vista degli obiettivi del regolamento EUROSUR, tra i quali è ufficialmente menzionato quello di “contribuire a garantire la protezione e la salvezza della vita dei migranti” (art. 1), il Forum consultivo per i diritti fondamentali di FRONTEX aveva, anche in questo caso, raccomandato all’Agenzia di spiegare, nel suo programma di lavoro per il 2015, come EUROSUR avrebbe perseguito questo obiettivo. La raccomandazione, però, non ha avuto seguito:

Another priority for 2015 with regard to fundamental rights should be the implementation on the Eurosur regulation in such a way that one of the regulation’s explicit purposes – to contribute to ensuring the protection and saving the lives of migrants – is met in practice. The programme of work should clearly state this and explain what will be done to reach this objective.

Results – While the final version of the programme of work contains several references to Eurosur (most prominently on pages 21-22), it does not explain how Frontex will use the Eurosur technology for saving lives²¹².

6. *Le operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime esterne ospitate dallo Stato italiano*

Il riferimento fatto nel precedente paragrafo alle relazioni preparate da FRONTEX, da un lato, e dal Forum consultivo sui diritti fondamentali, dall’altro, relative alle operazioni marittime di sorveglianza alle frontiere esterne per l’anno 2014, offre l’occasione per esaminare, più nel dettaglio, come sono state organizzate queste operazioni. Nel presente contributo, si è scelto di selezionare le operazioni marittime di sorveglianza ospitate dall’Italia ai sensi dell’art. 2 (3) del Regolamento n. 656/2014.

La prima operazione marittima congiunta ospitata dall’Italia – in questo caso insieme a Malta – era stata avviata nel 2006 e venne conclusa nel 2008 (opera-

²¹¹ Meijers Committee, *Note on the proposal for a Regulation establishing the European Border Surveillance System* (COM(2011)0873), doc. CM1215, 12 settembre 2012, p. 2.

²¹² Forum consultivo di FRONTEX sui diritti fondamentali, *Second Annual Report 2014*, cit. (*supra*, nota 102), p. 19. Su EUROSUR v. anche HELLER e JONES, *Eurosur: Saving Lives or Reinforcing Deadly Borders?*, in *Statewatch Journal*, 2014, pp. 9-12.

zione *Nautilus*). Nell'archivio delle operazioni di sorveglianza disponibile sul sito istituzionale di FRONTEX, l'operazione *Hermes* compare per la prima volta nel 2007, solo allora co-ospitata dalla Spagna insieme all'Italia, con l'obiettivo di contrastare l'immigrazione irregolare proveniente dal Nord Africa appunto verso l'Italia e la Spagna. Nel 2009 e nel 2010, ospitata soltanto dall'Italia, *Hermes* venne mantenuta per rafforzare la capacità europea di controllo alle frontiere sulle persone che tentavano l'ingresso irregolare via mare nello spazio Schengen dall'Algeria, dalla Tunisia e dalla Libia. Nel 2011, l'operazione marittima si concentrò sul contrasto all'immigrazione irregolare proveniente dalla rivoluzione tunisina e diretta verso le coste meridionali dell'Italia (soprattutto Lampedusa e il sud della Sardegna), ampliando poi nel 2012 i controlli anche verso la Libia sui migranti irregolari diretti in Sicilia. Nel 2013, l'operazione, ridenominata *EPN Hermes* (EPN stando a significare "European Patrol Network"), fu dedicata a contrastare l'immigrazione irregolare e la criminalità transnazionale proveniente da Algeria, Egitto, Libia e Tunisia al largo delle Isole Pelagie, della Sicilia e della Sardegna, per poi concludersi il 31 ottobre 2014 con il contestuale avvio di *EPN Triton*.

L'operazione *Aeneas*, ospitata sempre dall'Italia, era stata invece avviata nel 2011 per contrastare l'immigrazione irregolare proveniente da Egitto e Turchia e diretta verso la Puglia e la Calabria. Continuata nel corso di tutto il 2012, nel 2013 *EPN Aeneas* venne impiegata anche per contrastare flussi migratori irregolari provenienti dall'Albania. *EPN Aeneas* si è conclusa il 30 settembre 2014. Dal 1° ottobre 2014, le due zone operative di *EPN Aeneas* circostanti la Puglia e la Calabria sono dapprima diventate parte di *EPN Hermes* e, successivamente, di *EPN Triton*.

Nel loro ultimo anno di operatività, *EPN Hermes* e *EPN Aeneas* hanno contato sulla partecipazione di 22 Stati membri. Il numero dei natanti intercettati nelle due operazioni, tuttavia, è calato drasticamente nel 2014, soprattutto a causa dell'operatività contestuale di *Mare Nostrum*, che, intervenendo più a sud rispetto alle due operazioni congiunte di FRONTEX, vicino alle coste libiche, di fatto intercettava i natanti prima che raggiungessero le zone di operatività dell'Agenzia.

La chiusura dell'operazione *Mare Nostrum* si è accompagnata, come già illustrato, all'avvio di una nuova e diversa operazione, non unilaterale ma congiunta e gestita da FRONTEX, denominata *ENP Triton*. Il 28 agosto 2014, FRONTEX presentò un documento con il quale proponeva di incorporare *EPN Hermes* e *EPN Aeneas* nell'ambito di questa nuova operazione, sul presupposto che anche l'operazione italiana *Mare Nostrum* si sarebbe conclusa²¹³.

²¹³ FRONTEX, Operations Division/Joint Operations Unit, *Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN Triton, to better control irregular migration and contribute to SAR in the Mediterranean Sea*, Varsavia, 28 agosto 2014.

L'operazione *EPN Triton* è iniziata il 1° novembre 2014 e avrebbe dovuto concludersi il 31 gennaio 2015, sostenuta dall'Agenzia con una spesa di circa 3 milioni di euro al mese²¹⁴. Ospitata dall'Italia, l'operazione ha ricevuto la partecipazione di 20 Stati membri²¹⁵. I dettagli operativi, inclusa l'area di copertura geografica e l'individuazione delle risorse necessarie, sono stati negoziati da FRONTEX con l'Italia sulla base di specifiche richieste avanzate dalle autorità italiane²¹⁶. Prima del suo avvio, la Commissione europea chiariva che l'operazione non avrebbe garantito la copertura di attività di ricerca e soccorso, che sarebbero rimaste una prerogativa dei singoli Stati membri:

Triton is intended to support the Italian efforts, and does not replace or substitute Italian obligations in monitoring and surveying the Schengen external borders and in guaranteeing full respect of EU and international obligations, in particular when it comes to search and rescue at sea.

It implies that Italy will have to continue making continued substantial efforts using national means, fully coordinated with the Frontex operation, to manage the situation.

All Member States could use for operating support, i.e. running costs of their border control operations, up to 40% of the available resources for their national programmes under the new Internal Security Fund (Borders & Visa component). In the case of Italy, taking into account that over €156 million is allocated to Italy, more than € 62.5 million could be assigned to operating support under its national programme over the period 2014-2020²¹⁷.

Nonostante fosse stata originariamente prevista per soli tre mesi di attività, l'operazione *EPN Triton* è stata estesa nel tempo, anche in seguito alle offerte di mezzi presentate dopo il Consiglio europeo straordinario del 23 aprile 2015²¹⁸.

²¹⁴ Il bilancio europeo a disposizione dell'operazione ammontava a 9.319.653 euro, secondo quanto riportato sul sito istituzionale di FRONTEX.

²¹⁵ Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Svezia, Slovenia, Spagna e Regno Unito.

²¹⁶ Commissione europea, *Frontex Joint Operation 'Triton' – Concerted efforts to manage migration in the Central Mediterranean*, Bruxelles, 7 ottobre 2014.

²¹⁷ *Ibidem*. Considerando che *Mare Nostrum* costava all'Italia circa 9 milioni di euro al mese (v. *supra* nota 92) e che le risorse finanziarie a disposizione secondo le previsioni della Commissione europea fino al 2020, secondo il documento citato, sono circa 870.000 euro al mese, il conto è presto fatto circa le possibilità offerte dall'Unione europea per l'avvio di nuove operazioni di ricerca e soccorso di portata nazionale come *Mare Nostrum*.

²¹⁸ "Il numero totale delle risorse disponibili è stato aggiornato: 10 mezzi marittimi, 33 terrestri e 8 aerei; e 121 risorse umane. Il numero di mezzi da pattugliamento impiegati in mare aumenterà dagli attuali 3 a 6 nel periodo estivo (fino alla fine di settembre), per passare a 5 nel periodo invernale. Aumenterà inoltre la capacità di individuazione precoce, grazie all'impiego di un aeromobile ad ala fissa supplementare in aggiunta ai 4 attualmente utilizzati. Aumenterà, nel

Ne sono state ridefinite le modalità, approvando una versione riveduta del piano operativo, e ne è stata ampliata la copertura geografica, che dalle originarie 30 miglia nautiche ha raggiunto verso sud i confini della zona di ricerca e soccorso maltese, estendendosi per 138 miglia nautiche a sud della Sicilia, per comprendere la zona della precedente operazione italiana *Mare Nostrum*.

Il bilancio di FRONTEX per le operazioni congiunte *EPN Triton* e *Poseidon-Sea* (la seconda ospitata dalla Grecia) è stato triplicato per gli ultimi sette mesi del 2015, aggiungendo 26 milioni di euro alla dotazione inizialmente prevista per entrambe le operazioni. Per il 2016, il bilancio inizialmente previsto (22,5 milioni per entrambe le operazioni) è stato anch'esso triplicato, con l'aggiunta di 45 milioni di euro²¹⁹.

Secondo fonti ufficiali di autorità italiane, tra novembre 2014 e maggio 2015 *EPN Triton* ha consentito ai mezzi di sorveglianza degli Stati membri partecipanti di intervenire in 230 eventi, di cui 195 di ricerca e soccorso, procedendo al salvataggio di 27.485 migranti e all'arresto di 96 scafisti. La responsabilità di coordinamento di *EPN Triton*, che è un'operazione di polizia, è affidata alla Guardia di Finanza italiana, che ha chiarito come segue la mutevole natura delle attività che poi, di fatto, vengono svolte in mare:

la nostra è un'attività di polizia di tutela dei confini europei, che poi finisce con il contrastare i fenomeni illeciti che ho già citato, soprattutto il traffico di stupefacenti. Ovviamente, stando lì, in base al diritto internazionale, se ci chiamano, dobbiamo intervenire. Pertanto, Triton si trasforma da operazione di polizia a operazione di salvataggio delle vite umane²²⁰.

Il piano operativo modificato e ampliato nel 2015 per *EPN Triton* non è pubblicamente disponibile e sfugge, pertanto, a qualsiasi valutazione. Esercitando il diritto di accesso agli atti dell'Unione europea²²¹, è tuttavia possibile ottenere copia – seppure sia in gran parte ancora classificata – del piano operativo di *EPN Triton 2014*, comprensivo dei relativi allegati, nonché del manuale

complesso, il livello di spiegamento di questi mezzi marittimi e aerei. In termini di risorse umane, il numero delle squadre responsabili dello *screening* e dell'identificazione dei migranti sarà raddoppiato e il numero di squadre di *debriefing* (per la raccolta di informazioni sul traffico di migranti) passerà da 4 a 9", Commissione europea, *Le prime misure dell'agenda europea sulla migrazione: domande e risposte*, Bruxelles, 27 maggio 2015.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Così il comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, nell'audizione del 20 maggio 2015 dinnanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. Cfr. *supra* nota 3.

²²¹ Regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

per il piano operativo elaborato da FRONTEX²²². La descrizione e la valutazione della situazione in cui si inseriva *EPN Triton* nel 2014, elaborate all'inizio del documento, rimangono però integralmente classificate²²³.

Il piano operativo per il 2014 stabiliva come obiettivo principale l'attuazione di un'operazione coordinata alle frontiere marittime esterne del Mediterraneo Centrale per controllare i flussi migratori irregolari verso il territorio degli Stati membri e per contrastare il crimine transfrontaliero, sotto il coordinamento di FRONTEX e la responsabilità del Ministero dell'interno italiano²²⁴. Subito dopo l'individuazione dell'obiettivo dell'operazione, vi era un richiamo "al rilevante diritto internazionale e dell'Unione europea, al rispetto dei diritti fondamentali, in particolare riguardo all'accesso alla protezione internazionale, e all'osservanza del principio di *non-refoulement*, tenendo conto delle raccomandazioni del Forum consultivo sui diritti fondamentali dell'Agenzia". Non come obiettivo, ma alla stregua di una direzione operativa, il piano prevedeva anche che le attività svolte durante l'operazione congiunta includessero l'impiego di risorse tecniche e umane anche per "contribuire a ricerca e soccorso allo scopo di rendere assistenza a persone in pericolo"²²⁵. L'elenco dei partecipanti dimostra che, insieme a Stati membri dell'Unione europea e all'Italia in qualità di Stato ospitante, anche la Svizzera e diverse agenzie europee e organizzazioni internazionali hanno preso parte all'operazione²²⁶.

²²² "The Main Part and Annexes of Operational Plan are marked as 'Limited' without prejudice to the public right of access to documents as laid down in Regulation (EC) 1049/2001 (...), while the Handbook to the Operational Plan has no classification mark indicated. Operational Plan shall only be made available to the authorities referred in each MS as 'Law Enforcement'. This document shall be made available to other interested parties only on a need-to-know basis and in accordance with European and national rules on the protection of sensitive/classified information. Such dissemination of this document shall be done only on a case-by-case basis", *Joint Operation EPN Triton 2014, 2014/SBS/09 – Operational Plan (Main Part)*, Varsavia, 22 ottobre 2014, p. 4.

²²³ "The marked part contains detailed information on the analytical findings, risk assessment and recommendations and its disclosure would harm the course of future operations. In light of the above text is not disclosed pursuant to the exception laid down in the first indent of Article 4(1)(a) of Regulation n. 1049/2001 relating to the protection of the public interest as regards public security", *ibidem*, p. 4.

²²⁴ "Frontex is the EU coordinator, initiating, promoting and facilitating the EU MS synchronized efforts to control the external borders. The Ministry of Interior, as National authority in charge for the coordination of the Italian Polizia di Stato, Guardia di Finanza, Guardia Costiera, Arma dei Carabinieri e Marina Militare, is the direct partner of Frontex and responsible for all border related activities within the joint operation EPN Triton 2014. The mentioned national law enforcement authorities are directly responsible for their operational implementation within the mentioned coordination", *ibidem*, p. 9.

²²⁵ *Ibidem*, p. 6.

²²⁶ "EASO, EFCA, EMSA, EUROPOL, FRA, UNHCR, IOM, EEAS/CSDP, Mission 'EU-BAM LYB'", *Joint Operation EPN Triton 2014, 2014/SBS/09 – Operational Plan (Main Part)* cit., p. 8.

Una sezione del piano operativo di *EPN Triton* per il 2014 riguardava la procedura di rapporto sugli incidenti occorsi nell'area operativa, da trasmettere attraverso un sistema denominato JORA (*Joint Operations Reporting Application*), che raggiunge Varsavia, dove ha sede l'Agenzia. L'intera sezione del piano relativa alle tipologie di rapporti da trasmettere, alla loro descrizione e alla relativa responsabilità di stesura e trasmissione è tuttavia ancora classificata²²⁷, così come quella relativa agli "incidenti seri" (*serious incident reporting*)²²⁸, né sono state rivelate informazioni riguardanti le armi utilizzate dal personale impiegato nelle operazioni (*heavy equipment, firearms and ammunition*)²²⁹.

Una sezione del piano operativo prevedeva anche un rapporto di valutazione per FRONTEX:

The results of the joint operation will be evaluated and Frontex Evaluation Report (FER) will be transmitted within after the termination of the JO to the Management Board together with the observations of the Fundamental Rights Officer referred to in Article 26a of the Frontex Regulation. FER will be uploaded on FOSS²³⁰.

Il rapporto rimane tuttavia sconosciuto, così come le osservazioni del funzionario per i diritti fondamentali²³¹.

Il mistero pervade l'allegato n. 1 al piano operativo, contenente la descrizione e la valutazione dettagliate della situazione nell'area operativa di *EPN Triton* nel 2014, incluse conclusioni e raccomandazioni dell'Agenzia²³². Dell'allegato n. 1, il cui testo resta integralmente classificato, sono leggibili soltanto le note a piè di pagina, che qualcosa lasciano intuire riguardo al contenuto del documento:

.....

²²⁷ *Ibidem*, p. 12.

²²⁸ *Ibidem*, p. 13.

²²⁹ *Ibidem*, p. 16.

²³⁰ *Ibidem*, p. 17. "FOSS", abbreviazione per "FRONTEX One-Stop-Shop", è un portale di FRONTEX che viene utilizzato dall'Agenzia per scambiare informazioni con Stati membri, paesi associati a Schengen e altre parti.

²³¹ Non è infatti possibile accedere al contenuto di FOSS: "The information published in FOSS is intended solely for the use of the FOSS authorized users. The access to FOSS is a personal and single user entitlement. The unauthorized use, dissemination or reproduction of documents contained therein, either in whole or in part, is prohibited. Document owners have exclusive responsibility for the accuracy and reliability of content. For further information and authorization for distribution or reproduction of content, please contact the content owner", <https://foss.frontex.europa.eu/>.

²³² *Joint Operation EPN Triton 2014, 2014/SBS/09 – Annexes to the Operational Plan*, Varsavia, 22 ottobre 2014, allegato n. 1, p. 6.

.....
.....
(1) These are fatalities based on bodies, which were found and that were reported in the official reporting system of Frontex Joint Operations (JORA).

(2) (...).

(3) Due to the heavy workload of the Italian authorities processing the migrants, several incidents are still pending validation, therefore the indicated figures are subject to change.

(4) Where known, at the time of writing this assessment the nationality of about 26.4% of migrants apprehended is still unknown (*sic*).

L'allegato n. 2 indicava tutti gli obiettivi dell'operazione in maniera dettagliata, fornendo per ciascuno di essi degli "indicatori" atti a confermare che l'obiettivo era stato raggiunto. Gli obiettivi per *EPN Triton 2014*, secondo l'allegato n. 2 al piano, erano:

- Enhance border security
- Enhance efficiency of border security
- Enhance operational cooperation
- Enhance exchange of information
- Enhance efficiency of the exchange of information
- Identify possible risks and threats
- Establish and exchange best practices
- Support establishment of permanent structures
- Support provision of training²³³.

Nessun riferimento rivolto ad assicurare che l'operazione si sarebbe svolta nel quadro giuridico internazionale, europeo e nazionale relativo all'osservanza dei diritti fondamentali e del principio di *non-refoulement* era quindi inserito tra gli "obiettivi" dell'operazione.

Il riferimento al quadro giuridico appena menzionato era presente – sia pure soltanto per il tramite di un elenco non esaustivo di strumenti internazionali e comunitari, senza alcuna precisazione delle disposizioni rilevanti – nell'allegato n. 3 al piano operativo, relativo alle istruzioni da fornire ai partecipanti. Questo prevedeva anche che

Guest officers may only perform tasks and exercise powers under instructions from and, as a general rule, in presence of the Italian officers.

All MS shall ensure that border guards and other staff participating in JO shall be trained with regard to relevant provisions of fundamental rights, refugee law and the international legal regime of search and rescue²³⁴.

²³³ *Ibidem*, allegato n. 2, p. 8.

²³⁴ *Ibidem*, allegato n. 3, p. 9.

Lo stesso allegato conteneva indicazioni sull'uso della forza²³⁵ e delle armi, sulle condizioni di utilizzo delle stesse nei diversi spazi marini²³⁶ e sulle misure immediate da intraprendere a seguito dell'uso della forza o delle armi²³⁷. In particolare, nel richiamo delle norme nazionali sull'uso della forza, il piano operativo forniva le seguenti istruzioni:

Conducting the search onboard a vessel suspected of being involved in a trafficking of migrants in a secure way either regarding the boarding team either for the crew and, eventually, the migrants. Pay attention to every urgent need of the migrants (water, medical assistance, etc.), to assure the incolumity of the migrants and also of the boarding team. If is necessary the use of force to repel a violence or defeat a physical opposition, the intensity, the duration and the extent of the reaction shall be proportional to the intensity, to the proximity and to the immediateness of the threat. (...).

The use of weapons, as it may affect the life or health of persons, is the last resource (...)²³⁸.

È apprezzabile che, nonostante non fossero enumerati tra gli obiettivi dell'operazione, i seguenti orientamenti operativi venissero nondimeno ricordati ai partecipanti:

- bear in mind that the prevention of loss of lives has overall priority in all operational actions;
- promote and respect the fundamental rights consigned in the Charter of Fundamental Rights of the European Union or other relevant international law, including the 1951 Geneva Convention on the *status* of Refugees; (...)²³⁹.

²³⁵ “When using force, GOs shall not exceed the minimum degree that is absolutely necessary, proportional and reasonable in the circumstances. The use of force or coercive measures is possible for the performance of a duty or in legitimate self-defence and in legitimate defence of other persons. The use of force or coercive measures shall never be arbitrary or abusive. (...). Boarding and search teams of MS vessels (units) have the inherent right to use all available means to apply that force reasonably necessary to defend themselves or others from physical harm. Any use of force shall be immediately and promptly reported with all necessary details to ICC/NCC and Frontex”, *ibidem*, allegato n. 3, p. 10.

²³⁶ “In international water, the use of weapons is under the responsibility of the flag State law. In the territorial water, any use of weapons, by the MS assets and GOs is prohibited pursuant to the Italian national law. Any urgency shall be immediately communicated to the ICC for the proper actions”, *ibidem*, allegato n. 3, pp. 10-11.

²³⁷ “After the use of force or weapons, the GO and/or crew members will immediately contact, if not present at the moment, the Italian police officer referent, in order to manage all the related procedures foreseen by the National Law. Any use of force shall be immediately and promptly reported with all necessary details to ICC/NCC and Frontex. The participants shall adopt immediately adopt (*sic*) follow up health/life safety measures regarding the injured persons against whom the actions were taken”, *ibidem*, allegato n. 3, p. 11.

²³⁸ *Ibidem*, allegato n. 3, p. 10.

²³⁹ *Ibidem*, allegato n. 3, p. 11.

Integralmente classificate sono invece le informazioni riguardanti i mezzi marittimi e aerei utilizzati, come anche le informazioni relative alla localizzazione dei natanti²⁴⁰.

Per quanto concerne le intercettazioni nel mare territoriale e nella zona contigua, il piano operativo conteneva le autorizzazioni di Italia e Malta, in linea con le disposizioni del Regolamento n. 656/2014 (artt. 6 e 8)²⁴¹. Riguardo alle intercettazioni in alto mare, tuttavia, prevedeva:

In case of detection boat with irregular migrants on the high seas by Maltese surface assets, and of (*sic*) according to their national legislation, intercepting and seizing the vessel is not possible. C[ommanding] O[fficer] should inform N[atational] O[fficial] and I[nternational] C[oordination] C[entre] accordingly. Therefore ICC shall instruct the Maltese surface units to follow and monitor the boat and implement procedures described above in (b) and (c)²⁴².

Inoltre, le istruzioni fornite da FRONTEX ai partecipanti riguardo alle azioni da intraprendere prima di una visita a bordo di un natante (*pre-boarding activity*) ammonivano che

given the limited number of enforcement resources, the maritime units cannot board all vessels encountered, and therefore, operational cost/benefit decisions should be made by the CO.

While all possible contingencies cannot be addressed, the following factors figure prominently in deciding whether to initiate a boarding:

- safety of personnel and property;
- probability of detecting unlawful conduct;
- impact on maritime commerce and boating public²⁴³.

Riguardo alle procedure di sbarco, è apprezzabile che le istruzioni fornite dall'Agenzia ai partecipanti richiamassero innanzi tutto il divieto di respingimento²⁴⁴. Riguardo al luogo di sbarco, le istruzioni indicavano che

The participating units are authorized by Italy to disembark in its territory all persons intercepted and apprehended in its territorial sea as well as in the entire operational area beyond its territorial sea.

It shall be ensured that coordination and cooperation with the relevant SAR au-

²⁴⁰ *Ibidem*, allegato n. 3, p. 12.

²⁴¹ *Ibidem*, allegato n. 3, pp. 13-14.

²⁴² Cioè ordinare il cambio di rotta (b), ovvero condurre il natante e le persone a bordo in Italia (c). *Ibidem*, allegato n. 3, p. 15.

²⁴³ *Ibidem*, allegato n. 3, p. 18.

²⁴⁴ *Ibidem*, allegato n. 3, p. 19.

thorities is carried out in such a way that the persons rescued can be delivered to a place of safety in Italy. However, no person rescued in the operational area or outside the operational area within a SAR accident, by a participating maritime asset, will be handed over to Third Country Authorities or disembarked in the territory of that Third Country.

In case of a search and rescue incident in the territorial waters and contiguous zone of Malta or in order to assure the safeguard of the lives of people in distress, it is possible the disembarkation to take place in Malta²⁴⁵.

Per quanto concerne le misure volte ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali di cui all'art. 4 del Regolamento n. 656/2014, si ricorderà che la relazione di FRONTEX per il 2014 non aveva fornito elementi utili a una loro valutazione. È pertanto apprezzabile trovare, almeno nel piano operativo di *EPN Triton* per il 2014, istruzioni rivolte ai partecipanti sia riguardo a misure speciali da adottare nei confronti di persone vulnerabili²⁴⁶ sia riguardo all'importanza di far conoscere alle persone sbarcate i meccanismi che assicurano la possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale²⁴⁷. Ulteriori istruzioni sono contenute nel "codice di condotta per tutte le persone partecipanti in attività di FRONTEX", contenuto nel manuale per il piano operativo²⁴⁸. A maggior ragione, nel rapporto di FRONTEX sarebbe stato utile un resoconto sulle modalità con le quali a tali istruzioni è stato dato un seguito – se vi è stato dato – dai partecipanti all'operazione.

Volendo trarre una conclusione sul contenuto del piano operativo di *EPN Triton 2014*, si può constatare che al rispetto dei diritti fondamentali è ricono-

²⁴⁵ *Ibidem*, allegato n. 3, pp. 19-20.

²⁴⁶ "Italy and the participating MSs shall identify vulnerable persons (e.g. children, including unaccompanied minors, victims of trafficking in human beings, persons in need of urgent medical assistance, disabled persons, elderly people, pregnant women, single parents with minor children, persons with mental disorders and persons who could have been subjected to torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence, persons in need of international protection and other persons in a particularly vulnerable situation) and provide them appropriate assistance including: first aid, emergency health care, gender-sensitive processes and facilities, child-sensitive measures, measures for individuals suspected of being torture survivors, and measures and infrastructures for people with disabilities", *ibidem*, pp. 20-21.

²⁴⁷ "The host MS border guard authorities (and the officers of the MS where the disembarkation takes place) shall refer these persons to the relevant professionals within the government agencies and/or civil society organisations able to provide them with assistance and support and direct them through the appropriate procedures. In particular, information (in a language they understand) should be made available on the possibility to apply for international protection and on organisations or groups able to provide legal and reception assistance. This information should be also displayed at locations where GOs/SGOs perform border control activities such as debriefing and screening", *ibidem*, p. 21.

²⁴⁸ *Joint Operation EPN Triton 2014, 2014/SBS/09 – Handbook to the Operational Plan*, Varsavia, 22 ottobre 2014, pp. 8-11.

sciuto uno spazio sostanziale, ma le istruzioni non forniscono una spiegazione degli strumenti giuridici rilevanti né dei principi in essi contenuti. In tutti i casi, si tratta di istruzioni sommarie, che potrebbero essere valutate nei loro risvolti applicativi soltanto grazie a indagini e resoconti completi e trasparenti da parte dell'Agenzia sullo svolgimento delle operazioni, che tuttavia, sotto questo profilo, è invece carente. Il fatto che, peraltro, le istruzioni relative al rispetto dei diritti fondamentali siano contenute in documenti che, laddove disponibili, restano parzialmente classificati, non lascia pensare niente di buono circa la concreta possibilità di accesso alla giustizia e di tutela dai respingimenti di fatto²⁴⁹.

7. L'approccio militarista a un problema umanitario: le più recenti strategie dell'Unione europea e l'intervento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite

Parallelamente alle misure descritte finora, che rispondono all'obiettivo di sorveglianza delle frontiere e hanno comunque dei risvolti operativi di ricerca e soccorso, per quanto "incidentali", negli ultimi anni si è andato sempre più sviluppando un indirizzo politico nell'ambito dell'Unione europea che va, invece, in una direzione sostanzialmente diversa.

Al termine di un lungo processo negoziale da parte dei ministeri europei per la difesa e per gli affari esteri, il 24 giugno 2014 veniva approvata la Strategia per la sicurezza marittima dell'Unione europea (in seguito: Strategia)²⁵⁰. In questo documento, il fenomeno dell'immigrazione irregolare viene affrontato in una prospettiva drasticamente unilaterale e trasformato da emergenza umanitaria (per i migranti) a rischio per la sicurezza (per l'Unione europea). Insieme ad aggressioni armate da parte di paesi terzi²⁵¹, terrorismo²⁵², proliferazione di armi di distruzione di massa²⁵³ e disastri ambientali²⁵⁴, la lista di rischi e minacce per i cittadini europei e per gli interessi strategici degli Stati membri oggi comprende:

(...), trafficking of human beings and smuggling of migrants, organised criminal networks facilitating illegal migration, (...)²⁵⁵.

²⁴⁹ V. anche Meijers Committee, *Public consultation on Frontex and fundamental rights*, doc. CM1217, 26 settembre 2012.

²⁵⁰ Consiglio dell'Unione europea, *European Union Maritime Security Strategy*, doc. 11205/2014, Bruxelles, 24 giugno 2014.

²⁵¹ *Ibidem*, par. V, a).

²⁵² *Ibidem*, par. V, d).

²⁵³ *Ibidem*, par. V, e).

²⁵⁴ *Ibidem*, par. V, g).

²⁵⁵ *Ibidem*, par. V, c).

La Strategia pone, tra gli altri, l'obiettivo di sviluppare nuove capacità nel settore della sicurezza marittima, che prevedono, tra le altre cose,

enhancing civil-military interoperability and industrial competitiveness²⁵⁶

e lo sviluppo di

dual-use and multipurpose capabilities and the exploration of options for their better use²⁵⁷.

La Strategia continua:

With a view to ensuring a comprehensive, cross-sectoral, cross-border, coherent and cost-efficient approach to maritime security, this Strategy aims to:

a) Bring together both internal and external aspects of the Union's maritime security and promote a broad approach in dealing with maritime security challenges and maritime interests; (...);

f) Contribute to security at sea and help secure the Union's maritime external borders.

Le peculiari espressioni utilizzate nella Strategia (*civil-military interoperability, dual-use, multipurpose, comprehensive, cross-sectoral*) altro non stanno a significare che, secondo i ministri della difesa e degli affari esteri europei, il settore della sorveglianza delle frontiere e del controllo del fenomeno migratorio richiedono una risposta non soltanto attraverso operazioni di guardie di frontiera e di polizia, ma anche attraverso interventi militari. Questo significa anche, tuttavia, che dal piano degli strumenti legislativi, discussi e approvati dal Parlamento europeo, ci si sposta sul piano delle decisioni del Consiglio, ovvero, come proprio nel caso della Strategia, sul piano di strumenti di indirizzo politico diversamente negoziati e non vincolanti, che tuttavia cercano un inserimento militare a carattere offensivo in situazioni – come il controllo alle frontiere – che gli strumenti legislativi attuali non prevedono. Si tratta di un approccio parallelo al problema dell'immigrazione irregolare che sfugge al normale canale giuridico e istituzionale in un settore delicato per l'Unione europea. Il turno di presidenza europea della Grecia e poi dell'Italia nel 2014 – proprio i due Stati membri maggiormente coinvolti dal fenomeno – ha certamente contribuito al radicamento di questo approccio nel momento di picco dell'emergenza umanitaria.

La conferma di questa tendenza è infine arrivata con l'approvazione della Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale

²⁵⁶ *Ibidem*, par. V, 3.

²⁵⁷ *Ibidem*, par. V, 3, c).

(EUNAVFOR MED)²⁵⁸, coordinata dallo Stato maggiore della difesa italiano, che si è affiancata all'operazione di polizia *EPN Triton*, attiva nella stessa area:

da un punto di vista giuridico, l'attività di polizia non può essere coordinata da una forza armata e una forza di polizia non può coordinare un'operazione militare. [EUNAVFOR MED] sarebbe un'operazione non di polizia ma militare e, quindi, di competenza dello Stato maggiore della difesa. Noi ovviamente saremmo estranei a questo tipo di operazione, avendo già *Triton*. (...) queste due operazioni ovviamente hanno obiettivi diversi, senza escludere che ci possano essere dei punti di contatto ogni qualvolta ci sia una richiesta di salvataggio. Questo è l'unico punto di contatto che ci può essere. (...) le due operazioni hanno compiti, finalità e modalità operative completamente diverse²⁵⁹.

La Decisione 2015/778 del Consiglio ha dato forma giuridica a una serie di proposte già fatte proprie dal Consiglio "Giustizia e affari interni" del 10 aprile 2015 e poi ribadite il 20 aprile 2015 dal Consiglio europeo straordinario²⁶⁰. L'11 maggio 2015, l'Alto rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza aveva informato il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite sulla crisi dei migranti nel Mediterraneo e sui preparativi in corso per una possibile operazione navale dell'Unione europea, manifestando la necessità che l'organizzazione operasse con il sostegno del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite²⁶¹. Il 18 maggio 2015, data della decisione, il Consiglio dell'Unione eu-

²⁵⁸ La decisione ha come base giuridica l'art. 42, par. 4, del Trattato sull'Unione europea, in base al quale "le decisioni relative alla politica di sicurezza e di difesa comune, comprese quelle inerenti all'avvio di una missione di cui al presente articolo, sono adottate dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o su iniziativa di uno Stato membro. L'alto rappresentante può proporre il ricorso sia ai mezzi nazionali sia agli strumenti dell'Unione, se del caso congiuntamente alla Commissione", nonché l'art. 43, par. 2, dello stesso strumento, ai sensi del quale il Consiglio adotta decisioni relative alle missioni esterne per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite, "stabilendone l'obiettivo, la portata e le modalità generali di realizzazione. L'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, sotto l'autorità del Consiglio e in stretto e costante contatto con il comitato politico e di sicurezza, provvede a coordinare gli aspetti civili e militari di tali missioni." Ai sensi dell'art. 43, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, le missioni appena menzionate comprendono "le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti."

²⁵⁹ Così il comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, nell'audizione del 20 maggio 2015 dinnanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. Cfr. *supra*, nota 3.

²⁶⁰ Considerando (1) della decisione.

²⁶¹ Considerando (4) della decisione.

ropea ha approvato il “concetto di gestione della crisi”, prevedendo, all’art. 1, par. 1, la “missione” di

condurre un’operazione di gestione militare della crisi che contribuisce a smantellare il modello di *business* delle reti del traffico e della tratta di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED), realizzata adottando misure sistematiche per individuare, fermare e mettere fuori uso imbarcazioni e mezzi usati o sospettati di essere usati dai passatori o dai trafficanti, in conformità del diritto internazionale applicabile, incluse l’UNCLOS e le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite²⁶².

La zona dell’operazione è stata definita in “documenti di pianificazione” predisposti dal Consiglio che non sono pubblicamente accessibili. Roma è la sede del comando operativo (art. 4) e l’ammiraglio di divisione Enrico Credendino è il comandante dell’operazione (art. 3). È previsto che gli Stati terzi possano essere invitati a partecipare (art. 9), “senza pregiudizio per l’autonomia decisionale dell’Unione europea” e “in base agli orientamenti pertinenti del Consiglio”²⁶³.

L’operazione EUNAVFOR MED dovrebbe essere condotta in tre fasi successive, che prevedono rispettivamente:

- a) in una prima fase, (...) l’individuazione e il monitoraggio delle reti di migrazione attraverso la raccolta di informazioni e il pattugliamento in alto mare;
- b) in una seconda fase:
 - i) (...) fermi, ispezioni, sequestri e dirottamenti in alto mare di imbarcazioni sospettate di essere usate per la tratta di esseri umani, alle condizioni previste dal diritto internazionale applicabile, in particolare UNCLOS e protocollo per combattere il traffico di migranti;
 - ii) conformemente alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite applicabili o al consenso dello Stato costiero interessato, [...] fermi, ispezioni, sequestri e dirottamenti, in alto mare o nelle acque territoriali e interne di tale Stato, di imbarcazioni sospettate di essere usate per il traffico e la tratta di esseri umani, alle condizioni previste da detta risoluzione o detto consenso;
- c) in una terza fase, conformemente alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite applicabili o al consenso dello Stato costiero interessato, [l’adozione di] tutte le misure necessarie nei confronti di un’imbarcazione e relativi mezzi, anche mettendoli fuori uso o rendendoli inutilizzabili, che sono sospettati di essere usati per il traffico e la tratta di esseri umani, nel territorio di tale Stato, alle condizioni previste da detta risoluzione o detto consenso²⁶⁴.

²⁶² UNCLOS è l’abbreviazione inglese dello strumento qui abbreviato CNUDM.

²⁶³ Gli accordi con i paesi terzi sono conclusi ai sensi dell’art. 37 del Trattato sull’Unione europea e secondo la procedura di cui all’art. 218 TFUE.

²⁶⁴ Art. 2, par. 2, della decisione.

Si può subito rilevare che il dirottamento in alto mare di natanti sulla base del mero “sospetto” che essi siano usati da migranti irregolari, sempre che ciò avvenga con il consenso dello Stato di bandiera ovvero rispetto a un natante privo di nazionalità, è comunque ad altissimo rischio di *refoulement* di fatto, come già illustrato a proposito del Regolamento n. 656/2014, che comunque segue una regola diversa e richiede quantomeno “prove a conferma del sospetto” che il natante sia coinvolto nel traffico di migranti prima di procedere a dirottamenti. Inoltre, la previsione di “mettere fuori uso” o altrimenti “rendere inutilizzabili” i natanti sulla base del mero “sospetto” che essi siano usati per il traffico e la tratta di esseri umani suscita seri dubbi di compatibilità con l’art. 1 del Protocollo 1 alla CEDU, riguardante la tutela della proprietà, che gli Stati parte alla CEDU sono obbligati a garantire anche laddove agiscano al di fuori del proprio territorio. Infine, nulla è chiarito riguardo al trattamento che verrebbe riservato ai sospetti trafficanti catturati a partire dalla seconda fase dell’operazione. Posto che a seguito dell’arresto essi devono essere condotti senza indugio dinnanzi a un giudice²⁶⁵, è da notare che per i sospetti scafisti, a differenza che per i sospetti pirati, non è prevista la giurisdizione universale: pertanto, in caso di eventuale estradizione o consegna a Stati terzi, occorrerà garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche dei sospetti trafficanti di migranti.

Secondo la Decisione 2015/778, spetta al Consiglio valutare se siano soddisfatte le condizioni per la transizione oltre la prima fase, “tenendo conto delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite applicabili e del consenso dello Stato costiero interessato” (art. 2, par. 3).

Quanto al costo dell’operazione, la decisione ha previsto che l’importo per i costi comuni – cioè non quelli individuali, che sosterranno i singoli Stati membri partecipanti – ammonti a 11,82 milioni di euro (art. 11), sebbene la durata dell’operazione non sia predeterminata, essendo stabilito che essa “cessa di produrre effetti al più tardi dodici mesi dopo aver raggiunto la piena capacità operativa” (art. 13).

La Decisione (PESC) 2015/972 del Consiglio del 22 giugno 2015 ha dato l’avvio all’operazione, prevedendo che, ferma restando la valutazione da parte del Consiglio, il comitato politico e di sicurezza (organo sussidiario del Consiglio) ha il potere decisionale in merito a quando effettuare la transizione tra le varie fasi dell’operazione.

All’art. 1, la Decisione 2015/972 informa che “il piano operativo e le regole di ingaggio relativi all’operazione militare dell’Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED) sono approvati”, senza ulteriori specificazioni. Non è ovviamente dato di conoscere il contenuto dei due documenti, nemmeno parziale. Esercitando il diritto di accesso agli atti dell’Unione europea²⁶⁶, la risposta del Consiglio ricevuta da chi scrive è stata la seguente:

²⁶⁵ Cfr. sentenza 29 marzo 2010 della Corte Europea dei Diritti Umani, *Medvedyev e altri c. Francia*, Ricorso n. 3394/2003.

²⁶⁶ Regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

You requested access to the Operation Plan (OPLAN) and Rules of Engagement concerning the European Union military operation in the Southern Central Mediterranean EUNAVFOR MED.

EU Classified Information (EUCI) is classified at the following level, among others: “CONFIDENTIEL UE”: this classification is applied to information and material the unauthorised disclosure of which could harm the essential interests of the European Union or of one or more of its Member States.

The OPLAN and the Rules of Engagement for EUNAVFOR MED are classified CONFIDENTIAL, therefore they fall under the treatment of sensitive documents.

The above-mentioned operation is very recent. The operative phase of the operation was launched on 7 October 2015. The requested documents contain sensitive operational information on this extremely important CSPD operation. Release of this information could affect the operational effectiveness of this operation and put in danger its personnel.

Disclosure of the requested documents would therefore undermine the protection of the public interest as regards the public security and European Union’s defence and military matters. As a consequence, the General Secretariat has to refuse access to these documents.

We have also looked into the possibility of releasing parts of the documents. However, as the information contained in the documents forms an inseparable whole, the General Secretariat is unable to give partial access²⁶⁷.

Il 14 settembre 2015, il Consiglio dell’Unione europea aveva fornito una valutazione positiva rispetto alla possibilità di muovere dalla prima alla seconda fase dell’operazione²⁶⁸. Tale valutazione si fondava sul presupposto che le attività condotte nella prima fase avevano evidentemente fornito tutte le informazioni necessarie e sufficienti, secondo il Consiglio, per poter procedere all’organizzazione della parte operativa, cioè quella che prevede l’intervento militare²⁶⁹. Il 16 settembre 2015 si è tenuta la Conferenza di generazione della forza (*Force Generation Conference*), finalizzata a raccogliere il contributo di tutti gli Stati membri dell’Unione europea, in termini di mezzi e capitali, necessario per il passaggio alla seconda fase dell’operazione.

Come confermato nella risposta del Consiglio poco sopra riportata, la seconda fase di EUNAVFOR MED, ribattezzata a settembre Operazione Sophia, è iniziata il 7 ottobre 2015.

²⁶⁷ Council of the European Union, General Secretariat Directorate-General – Transparency and Access to Documents Unit (Head of Unit), Ref. 15/2422nh/jj, Bruxelles, 29 ottobre 2015.

²⁶⁸ “According to the EU, the information collected during the first phase has shown that on about twenty occasions in the past few weeks, traffickers could have been arrested”, TARDY, *Operation Sophia. Tackling the refugee crisis with military means*, in *Brief Issue*, European Union Institute for Security Studies, settembre 2015.

²⁶⁹ Consiglio dell’Unione europea, *EUNAVFOR MED: Council adopts a positive assessment on the conditions to move to the first step of phase 2 on the high seas*, Press release, 14 settembre 2015.

Il passaggio alla fase operativa ha necessitato dell'intervento del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, sollecitato a fornire la base giuridica, in virtù del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite²⁷⁰, per un'operazione di intervento militare degli Stati membri dell'Unione europea potenzialmente nel mare territoriale di un paese terzo, la Libia, che nella decisione del Consiglio dell'Unione europea era sempre indicata, indirettamente, come "Stato costiero interessato". Il fenomeno dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo è così entrato ufficialmente a far parte del sempre più lungo elenco di minacce alla pace e alla sicurezza internazionali.

Già il 10 settembre 2015, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite aveva espresso preoccupazione per il contrabbando di migranti e per il traffico di persone da e attraverso il territorio libico e grave allarme per la recente proliferazione di tali fenomeni nel Mediterraneo, alla base della perdita di vite umane soprattutto al di fuori delle coste libiche²⁷¹. Nello stesso strumento, il Consiglio di sicurezza

*condemns cases of torture and mistreatment, and deaths by torture, in detention centers in Libya, (...), calls for the immediate release of all individuals arbitrarily arrested or detained in Libya, including foreign nationals (...)*²⁷².

Suscita serie perplessità il fatto che lo stesso organo che nel settembre 2015 constatava l'esistenza conclamata di casi di tortura e di detenzioni arbitrarie in Libia, un mese dopo abbia autorizzato un'operazione militare che prevede il dirottamento di persone in fuga, in cui è evidentemente da includere il respingimento verso le coste di partenza, e addirittura la distruzione dei mezzi che queste persone impiegano per fuggire.

Il 27 gennaio 2016, l'ammiraglio di divisione Enrico Credentino ha presentato il suo rapporto sui primi sei mesi di EUNAVFOR MED (dal 22 giugno al 31 dicembre 2015) al comitato politico e di sicurezza e al comitato militare dell'Unione europea²⁷³. Il documento, classificato dalle autorità europee ma pubblicamente disponibile dal 17 febbraio 2016 grazie a WikiLeaks, riporta informazioni che consentono alcune considerazioni.

Nel suo rapporto, il comandante dell'operazione ha rilevato come EUNAVFOR MED stia rispondendo con successo alla "minaccia" dell'immigrazione via mare in questi termini:

²⁷⁰ Il Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite conferisce al Consiglio di sicurezza poteri di natura coercitiva, che possono estrinsecarsi, sulla base dell'accertamento di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione (art. 39), nell'adozione di misure preventive (art. 40) ovvero di misure dirette contro gli Stati trasgressori, sia di natura economica (art. 41) sia comportanti l'uso della forza militare (art. 42).

²⁷¹ Risoluzione 2238(2015) del 10 settembre 2015, par. 9.

²⁷² *Ibidem*, par. 8.

²⁷³ Il rapporto è circolato in allegato al doc. EEAS(2016) 126 del 27 gennaio 2016.

Although the OPLAN did not distinguish between phase 2A (High Seas) and phase 2B (Territorial Waters), the Council Decision did, which allowed for the transition to this new phase. The assessment by the Council [...] allowed me to move to phase 2A (High Seas) on 7 October 2015. [...]

For the autumn surge I had 16 assets (ships and air assets) under my command which were used to successfully provide a higher degree of deterrence against the smugglers and traffickers' activities in international waters. Since the start of the operation, our actions have contributed to the arrest of 46 suspected smugglers and the disposal of 67 boats. Due to the effectiveness of phase 2A (high seas), smugglers can no longer operate with impunity in international waters. They have to stay within Libyan Territorial Waters, as they otherwise would be apprehended by EUNAVFOR Med operation SOPHIA assets²⁷⁴.

Dalla lettura del rapporto emerge che il comandante dell'operazione ha per lo più limitato il suo resoconto alla prospettiva della lotta ai contrabbandieri e ai trafficanti²⁷⁵, senza indicare nel dettaglio quali strategie siano state messe in atto a garanzia dei migranti intercettati (8336 in sei mesi), in particolare con riguardo ai luoghi in cui essi sono poi stati condotti e al loro destino, vista la possibilità che alcuni di loro potessero, una volta sbarcati, formulare domanda di protezione internazionale²⁷⁶. Certamente, garanzie in tal senso saranno state previste nell'ambito di EUNAVFOR MED, dal momento che esse sono rese obbligatorie da strumenti internazionali, ma ciò non è dato di rinvenire in questo rapporto, che invece si concentra sulla lotta agli "scafisti". Riferimenti al trattamento da riservare ai migranti, che comunque non mancano, sono i seguenti:

EUNAVFOR Med complies with the EEAS(2015) 885 guidance to follow the op TRITON Operation Plan for the disembarkation of persons rescued at sea [...].

We have continued to build on the relationships developed with key international organisations in the last reporting period, including European Asylum Support Office (EASO) and the Office of the United Nations Commissioner for Human Rights. In particular, we have embedded the training initially provided by UNHCR on migrant handling and international law and this is now a core part of the *inchop* package for the new units joining the operation. We are further building on the training with input from UNICEF. We are now finalising a distance learning package which will incorporate this information so that units can have their first immersion in this training prior to arriving in the JOA.

I have met with representatives from the International Committee of the Red

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 10 e 3.

²⁷⁵ Il rapporto, tra le altre cose, indica che la Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo ha appositamente redatto delle linee guida per la raccolta di prove a carico dei sospetti contrabbandieri e trafficanti e sui criteri che devono sussistere perché la giurisdizione italiana possa essere esercitata.

²⁷⁶ Pure mancano riferimenti a possibili incidenti occorsi durante le operazioni.

Cross (ICRC) who are a key interlocutor for this operation. Dialogue with them will continue throughout the phases of the operation and it will become more important as we enter the potentially more kinetic phases of the operation²⁷⁷.

Nella valutazione dei mezzi necessari a un eventuale passaggio alla fase successiva dell'operazione non mancano riferimenti alle priorità di soccorso:

The concept of operations in Phase 2B will require the employment of ships in pairs to have the ability to rescue people while acting against the smugglers²⁷⁸.

Parimenti apprezzabile, anche da un punto di vista strategico, è il rilievo che il rapporto riconosce alla necessità di rafforzare le capacità delle autorità libiche deputate al controllo del fenomeno, peraltro indicando che

EUNAVFOR could quickly develop a detailed training package should we be asked to do so. [...]. This obviously would imply an amendment to the OPLAN²⁷⁹.

Qualche seria perplessità sorge, invece, laddove il documento in questione fa riferimento all'avvenuta distruzione (i termini utilizzati sono *disposal* e *destruction*) di 67 imbarcazioni. La distruzione dei natanti, almeno stando alla lettera della relativa decisione del Consiglio e senza poter confrontare il relativo piano operativo (rimasto classificato), era espressamente prevista soltanto per la terza fase di EUNAVFOR MED, che non è stata ancora autorizzata. Su questo punto, il rapporto non è chiaro, soprattutto in sede di confronto tra i poteri militari e quelli riconosciuti ad altre forze statali impegnate nella lotta al contrabbando di migranti. Ricordava il Comandante generale della Guardia di Finanza nel maggio del 2015, in risposta a un quesito formulato da un parlamentare, che chiedeva che fine facessero le imbarcazioni dei migranti in seguito alle intercettazioni:

Per quanto riguarda i barconi, questo è un problema che è solo parzialmente risolto. Tuttora, se lei va a Lampedusa, trova dei barconi sequestrati che sono accantonati in un campo. Io ci sono stato la settimana scorsa.

Alcuni si affondano, perché non sono in condizioni di navigabilità. Sono talmente messi male che facendo il trasbordo non reggono e affondano. Quelli che, invece, arrivano nei porti vengono sequestrati e messi a disposizione dell'autorità giudiziaria. Evidentemente per distruggerli ci vuole un ordine della magistratura. È un'operazione non semplice, perché ovviamente ci sono seri problemi di natura ambientale. Non è competenza mia. Non saprei cosa dirvi²⁸⁰.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 15.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 20.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 20-22.

²⁸⁰ Così il comandante generale della Guardia di Finanza, generale Saverio Capolupo, nell'audizione del 20 maggio 2015 dinnanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione di

Il cuore del rapporto sui primi sei mesi di EUNAVFOR MED riguarda, comunque, la valutazione circa l'opportunità di muovere alla fase successiva dell'operazione, nelle acque territoriali libiche, sostenuta dal comandante sul presupposto che, preliminarmente, vengano superati alcuni seri ostacoli di natura giuridica e politica:

Moving forward, from a military perspective, I am ready to move to phase 2B in Libyan Territorial Waters, but there are a number of political and legal challenges that must be addressed before I can recommend such a transition. These include the legal finish in terms of our powers to apprehend suspected smugglers in Territorial Waters and who will prosecute any suspected smugglers detained there²⁸¹.

Muovendo dal presupposto che, a oggi, l'unico Stato membro che conduce a giudizio e processa contrabbandieri di migranti via mare è l'Italia, con il passaggio all'intervento militare nelle acque territoriali della Libia sorgerebbe un problema di giurisdizione (che per i sospetti "scafisti", come sopra ricordato, non è universale):

As we will be operating in Libyan Territorial Waters, the current legal finish, of prosecuting suspected smugglers in Italy will not apply. We will therefore need a new legal basis; either an agreement with the Libyan authorities that they will waive their right to prosecute suspected smugglers in Libya and allow them to be prosecuted by another Member State, or to have a transfer agreement in place for apprehended smugglers to be transferred to the Libyan authorities for prosecution²⁸².

Il comandante dell'operazione è consapevole dei rischi sottostanti la seconda opzione:

If we were to transfer suspected persons to the Libyan authorities, we would need to ensure that they are treated in accordance with human rights standards that are acceptable to the EU and Member States. [...] prior to transfers taking place, we would need to ensure that there were sufficient safeguards in the Libyan judicial system to ensure fair and humane treatment of any persons handed over²⁸³.

Quanto alla prima alternativa prospettata, che consentirebbe di processare i sospetti contrabbandieri nell'Unione europea, il comandante avverte che servirebbe un forte impegno politico da parte di almeno uno Stato membro, di-

Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione (cfr. *supra*, nota 3).

²⁸¹ *Ibidem*, p. 3.

²⁸² *Ibidem*., p. 19.

²⁸³ *Ibidem*, p. 19.

sponibile a concludere accordi in tal senso con le autorità libiche. In ogni caso:

I want to underline the fact that this issue must be solved before we can move to phase 2 Bravo. Without the required legal finish we will be compelled to release suspected smugglers apprehended in Libyan Territorial Waters, with a subsequent loss of credibility for the operation in the media and EU public opinion²⁸⁴.

Il passaggio alla fase successiva dell'operazione richiederebbe, comunque, il consenso da parte del Governo di Accordo Nazionale della Libia, l'unica autorità governativa legittimata dalla risoluzione 2259(2015) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 23 dicembre 2015, nonché una nuova risoluzione del Consiglio di sicurezza che fornisca la base giuridica e il mandato a operare nelle acque territoriali libiche. Anche su questo punto, il comandante dell'operazione è consapevole della necessità del consenso libico, dal momento che la sola risoluzione del Consiglio di sicurezza, seppure teoricamente sufficiente ad autorizzare l'operazione, a oggi non rappresenta un'opzione praticamente perseguibile a causa del veto di Russia e Cina, che hanno espressamente dichiarato che non sosterranno la risoluzione senza il consenso del governo libico all'avvio dell'operazione²⁸⁵.

La risoluzione 2240(2015) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 9 ottobre 2015, che ha fornito la base giuridica all'operazione militare di contrasto all'immigrazione via mare dalla Libia, era stata il risultato di una proposta del Regno Unito, che ha superato tre serie di consultazioni in plenaria e discussioni informali bilaterali tra diversi Stati²⁸⁶.

L'iniziativa militare dell'Unione europea e l'avallo ottenuto dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite hanno sollevato diverse critiche, condivisibili, non solo per l'inusuale velocità con cui l'operazione è stata pianificata e avviata dagli Stati membri, invece più lenti nell'accordarsi su altri tipi di misure (come, per esempio, sulle quote per la ricollocazione), ma soprattutto per l'ispirazione che l'impegno militare ha tratto da un'altra operazione, EUNAVFOR ATLANTA, che tuttavia è diretta a contrastare un fenomeno molto diverso:

Apprehending pirates in the Indian Ocean is one thing. Defeating the networks through which smugglers traffic migrants through North Africa is quite another. The

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 19.

²⁸⁵ "On the other hand, conducting operations under the conditions set out in an eventual Libyan invitation without any new applicable UNSCR would provide a weak legal basis to the operation", *ibidem*, p. 19.

²⁸⁶ Per un'analisi della risoluzione 2240(2015) e del dibattito in seno al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 9 ottobre 2015 al momento del voto, v. in questo volume SCOVAZZI, *Il respingimento di un dramma umano collettivo e le sue conseguenze*.

European Union's new naval force deployment in the Mediterranean – EUNAVFOR MED – drew criticism from international partners and the general public alike when plans for a “boat-sinking” operation were unveiled, raising fears about unacceptable levels of violence and collateral damage; a European version of Mexico's drug war²⁸⁷.

Il timore è che l'obiettivo di neutralizzare le reti del traffico di migranti e di altri esseri umani attraverso un'azione coercitiva, per giunta in un ambiente naturale ostile e in una situazione politicamente estremamente complessa com'è quella libica, sia difficilmente realizzabile e possa, invece, causare più vittime tra le persone attualmente in fuga. Secondo alcune organizzazioni non governative attive nel monitoraggio del fenomeno migratorio, anche la distruzione dei natanti potrebbe essere non risolutiva e, anzi, deleteria, per il fatto che se i natanti a disposizione diminuiscono, i pochi che rimangono saranno ancora più stipati, con un ulteriore peggioramento delle condizioni in cui le persone rischiano la traversata. Inoltre, a fronte di torture, decapitazioni, uccisioni e detenzioni arbitrarie, vi è anche la possibilità che le persone disperate inizino a tentare la traversata su battelli improvvisati²⁸⁸.

Evidentemente, l'operazione militare da poco avviata ha il grande limite di lasciare irrisolta la questione dei migranti. Anche se si riuscisse a porre fine con la forza al fenomeno del contrabbando di migranti dalla Libia, come l'Unione europea di fatto si propone, è verosimile che le rotte migratorie cambieranno, in reazione all'intervento, ma i migranti certamente non si smaterializzeranno. Soltanto interventi alle radici del fenomeno e un rafforzamento delle vie legali di immigrazione saranno in grado, nel lungo periodo, di rispondere con efficacia alle paure di tutti.

²⁸⁷ FALEG e BLOCKMANS, *EU Naval Force EUNAVFOR MED sets sail in troubled waters*, in *CEPS Commentary*, 26 giugno 2015, p. 1.

²⁸⁸ *EU to launch Mediterranean naval mission to tackle migrant crisis*, *The Guardian*, 18 maggio 2015.

Finito di stampare nel mese di luglio 2016
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, «*Diritti particolari*» e recesso dalla s.r.l., 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.



lamiaLibreria è un'area *in the cloud* totalmente gratuita che offre contenuti e servizi aggiuntivi legati alle opere Giappichelli.

 **Come accedere**

Andare alla pagina www.giappichelli.it/9210376.html

 **Cosa contiene**

- Materiali integrativi (cfr. Indice sommario, p. IX ss.).