

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2020

CONTROLLO DELLE FRONTIERE STATALI E RESPINGIMENTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DEL MARE

di Irini Papanicolopulu e Giulia Baj

***Abstract:** Il divieto di ingresso al confine destinato agli stranieri è sempre stato praticato. I tempi moderni non sono una eccezione; in particolare, l'Italia è coinvolta nelle rotte migratorie che attraversano il Mar Mediterraneo per raggiungere l'Europa. Tuttavia, questo divieto non è un autonomo istituto giuridico, ed è infatti disciplinato in diverse branche del diritto internazionale. Queste diverse norme stabiliscono diritti sia per gli Stati che per gli stranieri, creando possibili conflitti tra esse. Da una parte, gli Stati mantengono la sovranità sul proprio territorio e hanno il diritto di controllare gli ingressi; dall'altra, gli stranieri sono persone, pertanto beneficiarie di diverse garanzie del diritto internazionale dei diritti umani. Inoltre, molti movimenti migratori seguono rotte marittime, richiedendo quindi l'applicazione delle norme di diritto del mare. Dopo una breve analisi del contenuto del principio della sovranità statale, è fornito un approfondimento del diritto degli Stati di proibire l'ingresso a stranieri e dell'opposto divieto, sancito dal principio di non-refoulement. È poi esaminato l'obbligo di salvare persone in pericolo in mare e di sbarcare in luogo sicuro. Segue una analisi critica delle recenti azioni e disposizioni adottate dal Governo italiano alla luce dei principi e delle disposizioni descritte.*

***Abstract:** The prohibition of entry at the border addressed to aliens has always been practiced. Current times make no exception; in particular, Italy is involved in the migratory routes that cross the Mediterranean Sea to reach Europe. However, this prohibition is not an autonomous legal institution and is in fact disciplined in different branches of international law. These different rules establish rights for both the States and the aliens, creating possible conflicts among them. On one hand, States keep their sovereignty on their territory and have the right to control the entries; on the other, aliens are persons, therefore beneficiaries of several guarantees of international human rights law. In addition, many migratory movements follow maritime routes, therefore requiring the application of the rules of sea law. After a brief analysis of the content of the principle of State sovereignty, a scrutiny of the right of States to prohibit the entry to aliens is given, followed by the opposite prohibition, enshrined in the principle of non-refoulement. The obligation to rescue at sea people in danger and to disembark in a place of safety is then be outlined. Last, the recent actions and laws on the matter adopted by the Italian government are discussed in the light of the principles and provisions highlighted.*

CONTROLLO DELLE FRONTIERE STATALI E RESPINGIMENTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DEL MARE

di Irini Papanicolopulu e Giulia Baj*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo Stato, la sovranità statale e il “diritto di respingere”. – 2.1. La sovranità dello Stato sul suo territorio. – 2.2. Il territorio dello Stato e i suoi confini. – 2.3. I poteri dello Stato nel mare territoriale. – 3. Lo Stato e il divieto di respingere. – 3.1. Il *non-refoulement* nel diritto dei rifugiati. – 3.2. Il *non-refoulement* nei diritti umani. – 3.3. Il principio di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3.4. L’obbligo di non respingere e il diritto del mare. – 4. La chiusura dei porti. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il respingimento, praticato dagli Stati nei confronti di stranieri che giungono alla propria frontiera con l’intenzione di entrare nel territorio dello Stato, non costituisce autonomo istituto nel diritto internazionale. Da ciò consegue che non vi è un regime unitario e organico che disciplini questa pratica. A livello internazionale, infatti, il respingimento è disciplinato sia dal diritto dei diritti umani, sia dal diritto dei rifugiati, anche a livello regionale¹. L’assenza di tale regime apposito, tuttavia, non significa che il respingimento non sia sottoposto a limiti e controlli derivanti dalla legge. Questo scritto esaminerà questi limiti e controlli, alla luce dei diritti e obblighi derivanti dal diritto internazionale e gravanti sugli Stati.

Vale la pena sottolineare che, al momento in cui si scrive, il flusso di sbarchi in Italia si è notevolmente ridimensionato rispetto ad alcuni anni fa. Al 13 dicembre 2019, il

* Rispettivamente, Professore associato di diritto internazionale, Università di Milano-Bicocca e Dottoranda in *Public, European and International Law*, Università di Milano-Bicocca. Ai fini concorsuali, si precisa che Irini Papanicolopulu è l’autrice delle sezioni 2 e 4 e Giulia Baj delle sezioni 1 e 3. Le conclusioni sono state scritte congiuntamente dalle due autrici. La sezione 4 riprende ed espande considerazioni già avanzate in I. Papanicolopulu, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *SIDIBlog*, 26.06.2019, www.sidiblog.org.

1. Circa la rilevanza del diritto internazionale nell’ordinamento italiano, è sufficiente ricordare che il legislatore italiano, riconoscendo l’importanza del diritto internazionale e dei valori fondamentali che esso esprime per l’insieme della comunità internazionale, ha adottato i necessari accorgimenti tecnico-giuridici per permettere all’ordinamento italiano di essere compatibile con l’ordinamento internazionale. In particolare, in base all’art. 10, co. 1 Cost., il diritto internazionale consuetudinario diventa automaticamente parte dell’ordinamento italiano, assumendo rango di fonte costituzionale. Parimenti, con la modifica dell’art. 117, co. 1 Cost. del 2001, le norme dei Trattati recepiti con legge dall’Italia sono configurate come norme di rango sub-costituzionale o norme interposte. Ne consegue che le leggi nazionali devono adeguarsi alle norme internazionali, pattizie e consuetudinarie, e non possono derogarvi. Per i più rilevanti riferimenti giurisprudenziali rispetto all’art. 10 co. 1 Cost., si veda Corte Cost., sent. 15.5.2001, n. 131; rispetto alla configurazione di norme interposte, si veda Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 349.

numero di sbarchi nell'anno solare in corso ammontava a 11.097 persone, a fronte delle 23.126 riferite allo stesso periodo del 2018 e soprattutto alle 118.019 del 2017. L'anno in cui si è contato il maggior numero di sbarchi in Italia è però il 2016, durante il quale sono sbarcati nel nostro Paese 181.436 migranti².

Per ricostruire il quadro normativo di diritto internazionale applicabile al respingimento³ occorre considerare le varie norme che disciplinano se e come uno Stato possa respingere una persona che si presenti al suo confine. Due categorie di norme assumono particolare rilevanza: quelle relative all'identificazione del confine statale – poiché solo lo Stato può respingere e lo può fare solo al confine, altrimenti si tratta di un istituto giuridico diverso denominato espulsione – e quelle che pongono condizioni e preclusioni all'esercizio del respingimento – poiché non si tratta di potere assoluto, ma di potere che può essere esercitato solo nei casi previsti dalla legge e rispettando le condizioni da essa dettate. La prima riguarda quelle norme che permettono di identificare il territorio dello Stato e i suoi confini, nonché quelle norme che, attribuendo allo Stato la sovranità, gli permettono di escludere gli stranieri dal proprio territorio. Un regime particolare si applica agli spazi marini, dove la sovranità degli Stati è limitata e mitigata da altre norme. La seconda comprende varie norme di diritti umani e diritto dei rifugiati che limitano i casi in cui lo Stato può respingere e regolano le modalità con cui questo può avvenire. Un caso particolare è poi dato dai tentativi degli Stati di prevenire l'ingresso nel proprio territorio di navi che hanno soccorso persone in pericolo in mare attraverso la chiusura dei porti. L'analisi che segue avverrà lungo queste linee, prima di giungere ad alcune conclusioni circa l'attuale regolazione del respingimento nel diritto internazionale.

2. Lo Stato, la sovranità statale e il “diritto di respingere”

In base all'odierno diritto internazionale, lo Stato ha il diritto di escludere gli stranieri dal proprio territorio, sia espellendo coloro che già vi si trovano, sia impedendo a chi si presenta alla frontiera di entrare nel suo territorio. La prima situazione esula dall'ambito di indagine di questo scritto e non sarà trattata. Ci si concentrerà, viceversa, sulla seconda ipotesi, vale a dire i casi in cui lo Stato può impedire agli stranieri di entrare nel suo territorio. Tale potere – che pure subisce significative limitazioni che verranno trattate

2. Per ulteriori approfondimenti sugli sbarchi in Italia, si veda il cruscotto statistico giornaliero redatto dal Ministero dell'interno, il cui archivio è reperibile su <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/documentazione/statistica/cruscotto-statistico-giornaliero>.

3. Sul respingimento nel diritto interno si veda R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 36 ss.

nelle sezioni successive – si fonda sulla sovranità statale⁴. Per meglio comprendere la portata di questo diritto a respingere è necessario definire il principio di sovranità statale, nonché cosa si intende per territorio statale e confini. Ciò è particolarmente rilevante con riferimento ai confini marittimi e alla sovranità entro tali zone, essendo l'esercizio di quest'ultima soggetto a particolari limitazioni.

2.1. *La sovranità dello Stato sul suo territorio*

In base ad un principio universalmente accettato del diritto internazionale, tutti gli Stati godono di piena sovranità all'interno del loro territorio, come delimitato dai suoi confini esterni⁵. La Corte internazionale di giustizia ha avuto ulteriormente modo di ribadire «l'importanza centrale nel diritto e nelle relazioni internazionali della sovranità statale sul territorio e della stabilità e certezza di questa sovranità»⁶ e che per identificare le aree in cui gli Stati possono esercitare i propri diritti sovrani riconosciuti dal diritto internazionale, è necessario individuare i confini degli Stati stessi⁷. Del resto, la comunità internazionale coincide (ancora oggi in larga misura) con la comunità degli Stati, destinatari ma anche produttori delle norme di diritto internazionale, originariamente destinate a regolare attraverso diritti e obblighi i rapporti tra Stati, sovrani e pari nella propria sovranità⁸.

Nel lodo arbitrale sul caso dell'Isola di Palmas, Max Hüber ebbe a notare che la sovranità – vale a dire la competenza esclusiva di uno Stato di esercitare su una porzione del globo le funzioni statali a esclusione di chiunque altro – costituisce il punto di partenza nella soluzione della maggior parte delle questioni che riguardano le relazioni internazionali⁹. Come si vede da questa affermazione, l'esclusività della sovranità è caratteristica intrinseca di questo concetto e tende a salvaguardare l'indipendenza dello

4. Quest'ultima è un principio base dell'ordinamento internazionale, che attribuisce a ogni Stato piena sovranità sul proprio territorio e da cui discende il diritto di proteggere il proprio territorio e i suoi confini e di impedire che persone non autorizzate li attraversino, facendo ingresso nel territorio dello Stato. Del principio si tratterà più diffusamente nel paragrafo successivo.

5. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th Ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 191; A. Cassese, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 68-69; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, p. 200. Per quanto riguarda la giurisprudenza, già la Corte permanente di arbitrato affermò come il territorio è elemento essenziale alla sovranità statale in *Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, lodo 7.9.1910.

6. *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, sent. 23.5.2008, par. 122.

7. *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v Turkey)*, 1978 ICJ Rep 3, par. 85.

8. Si veda, *ex multis*, A. Cassese, *Diritto internazionale*, cit.; B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit.; T. Scovazzi, M. Arcari, *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2018.

9. Corte permanente di arbitrato, *Island of Palmas case (The Netherlands v. USA)*, lodo 4.4.1928.

Stato da intrusioni esterne di altri Stati, come previsto anche dalla Carta delle Nazioni Unite¹⁰.

L'esclusività che contraddistingue la sovranità si manifesta non solo nei confronti degli altri Stati, ma anche nei confronti di qualunque persona voglia entrare nel territorio dello Stato. La potestà dello Stato di controllare gli ingressi nel proprio territorio, con la conseguente facoltà di respingere chi cerca di attraversare il confine senza averne avuto il permesso, è indirettamente confermata anche dai moderni strumenti internazionali a protezione dei diritti umani, che non contemplano un diritto generale di ingresso per gli stranieri¹¹. Al contrario, laddove sancita la libertà di circolazione degli individui è accompagnata da limitazioni ed eccezioni¹². Conformemente a quanto esposto, lo Stato ha quindi il diritto, in linea di principio, di decidere chi sarà ammesso nel proprio territorio¹³.

Allo stesso tempo, vi è generale accordo sul fatto che anche la facoltà di respingere non è assoluta; essa sottostà, come ogni altra azione dello Stato, agli altri impegni assunti da quest'ultimo. Per esempio, la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), nel riconoscere che gli Stati hanno il diritto di controllare «l'ingresso, la residenza e l'espulsione degli stranieri», ha precisato che tale diritto sottostà agli impegni che gli Stati si sono assunti internazionalmente, che possono limitare e condizionare la potestà di respingere¹⁴. Le autorità statali sono quindi chiamate a compiere una mediazione tra principi diversi, ugualmente riconosciuti dal diritto ma potenzialmente contrapposti: la sovranità e la tutela dei diritti umani. Talvolta, la piena soddisfazione di entrambi è impossibile: la preferenza accordata a uno anziché all'altro è quindi una scelta. Questa scelta deve essere effettuata, in primo luogo, a livello politico; in questa misura, essa esula

10. *United Nations Charter*, 26.6.1945, art. 2, che riconosce inoltre la sovrana uguaglianza dei suoi membri, vieta l'uso della forza da parte di uno Stato contro l'integrità territoriale di un altro e proibisce l'ingerenza nelle questioni interne. Le motivazioni storiche della scelta di dare particolare rilevanza all'indipendenza degli Stati sono da ricercare nell'espansione coloniale che aveva caratterizzato il XIX secolo, oltre che nei tentativi di anettere Stati all'alba del secondo conflitto mondiale.

11. Diverso è il caso dei cittadini di uno Stato, v. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16.12.1966, art. 12, par. 4.

12. V.N. De Genova, *Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010, p. 33. Tra i molti strumenti convenzionali, si segnala il Protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Convenzione europea dei diritti dell'uomo), che riconosce alcuni diritti e libertà oltre quelli che già figurano nella Convenzione e nel Protocollo addizionale alla Convenzione del 1963, il cui art. 2 sancisce, ai commi 1 e 2, la libertà di circolazione, tuttavia specificando ai commi 3 e 4 che tale libertà può essere oggetto di restrizioni, che costituiscono misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui, nonché di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica.

13. Si veda il Commento generale n. 15 del Comitato dei diritti umani.

14. «According to the Court's established case-law, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens», in *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 113.

dall'indagine del presente contributo, pur essendo opportuno ricordare la differenza tra diritti umani, il cui raggiungimento è un fine dell'odierna comunità internazionale, e sovranità, che è uno strumento per il perseguimento di fini che includono la salvaguardia dei diritti umani. Nei moderni Stati di diritto, tuttavia, la scelta politica viene poi trasformata in norma giuridica, che sarà invece approfondita nei seguenti paragrafi.

2.2. *Il territorio dello Stato e i suoi confini*

Secondo una nozione ampiamente riconosciuta nel diritto internazionale, il territorio costituisce elemento fondamentale e necessario dello Stato nel moderno diritto internazionale¹⁵. Il territorio è costituito da una o più porzioni di terraferma, generalmente delimitate attraverso confini concordati con gli Stati confinanti¹⁶.

Al territorio continentale di uno Stato occorre poi aggiungere, nel caso di Stati insulari o di Stati che abbiano una costa, il territorio marittimo, che include le acque interne marine, le acque arcipelagiche – nel caso di Stati arcipelagici – e il mare territoriale¹⁷. Ai fini del presente articolo, merita di essere ricordato che, come estensivamente analizzato dalla dottrina di diritto del mare¹⁸, le acque interne comprendono quelle porzioni di mare collocate al di qua delle linee di base utilizzate per misurare le zone marine dello Stato¹⁹ e sono equiparate, a tutti gli effetti, al territorio continentale dello Stato²⁰. Le linee di base possono consistere nella linea di bassa marea²¹ oppure, nei casi previsti dal diritto internazionale²², da linee diritte tracciate dallo Stato che congiungono punti appropriati lungo la costa, o da una combinazione dei due metodi. L'Italia, per esempio, ha un sistema di linee di base misto che talvolta utilizza la linea di bassa marea, talaltra linee diritte tracciate dal legislatore²³.

15. Art. 1, *Montevideo Convention on Rights and Duties of States*, 26.12.1933. La norma è generalmente considerata espressione del diritto consuetudinario; si veda, tra tanti, J. Crawford, *Brownlie's Principles*, cit., p. 191.

16. Tuttavia, l'assenza di confini precisi, pur creando incertezza nella pratica, non preclude necessariamente l'esistenza di uno Stato; si veda M.N. Shaw, *International Law, 7th ed.*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 352.

17. Art. 2, par. 1, Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (da qui in poi CNUDM), 12.12.1982. Nel caso dei c.d. Stati-arcipelago, il territorio marittimo dello Stato può includere anche le acque arcipelagiche, come disciplinato dalla Parte IV, della CNUDM.

18. V., *ex multis*, T. Scovazzi, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, Giuffrè, 2002.

19. Art. 8, par. 1 CNUDM.

20. Con l'eccezione prevista all'art. 8, par. 2 CNUDM.

21. Art. 5 CNUDM.

22. I casi in cui uno Stato può utilizzare linee di base diverse dalla linea di bassa marea sono disciplinati dagli artt. 6-14 CNUDM.

23. D.p.r. n. 816 del 26 aprile 1977.

Il mare territoriale comprende le acque site al di là delle linee di base fino a un'ampiezza massima di 12 miglia marine (m.m.)²⁴. Nel mare territoriale, lo Stato costiero esercita piena sovranità²⁵, mitigata tuttavia dal diritto di passaggio inoffensivo che spetta alle navi di tutti gli Stati²⁶. L'ampiezza di 12 m.m. è l'ampiezza massima permessa dal diritto internazionale²⁷.

Il confine esterno dello Stato consisterà così nel confine terrestre, come delimitato con gli Stati adiacenti, e nel confine marino, vale a dire la linea di 12 m.m. dalle linee di base lungo le coste dello Stato, oppure la linea di confine marino concordata con gli Stati adiacenti o frontisti. La terraferma e le acque situate all'interno di tale linea appartengono allo Stato, che su di esse esercita la propria sovranità.

2.3. I poteri dello Stato nel mare territoriale

Un cenno speciale merita il regime applicabile nel mare territoriale. Come si è accennato in precedenza, all'interno del suo mare territoriale, lo Stato costiero gode di sovranità, limitata però dal diritto di passaggio inoffensivo attribuito alle navi di tutti gli Stati. Si può osservare come in effetti il diritto di passaggio inoffensivo, sancito dalla CNUDM ma già esistente nel diritto del mare²⁸, serva allo scopo di coniugare il principio di sovranità territoriale con il diritto di navigazione, conciliando quindi i diritti – potenzialmente contrapposti – dello Stato costiero e dello Stato di bandiera²⁹. Di conseguenza, non si può, in linea generale, impedire il passaggio di navi che esercitano il

24. Art. 3 CNUDM. Tale previsione può essere considerata, oggi, di natura consuetudinaria, vincolando quindi anche gli Stati che non hanno ratificato la CNUDM; si veda, in proposito, H. Yang, *Jurisdiction of the coastal State over foreign merchant ships in internal waters and the territorial Sea* (Vol. 4), Berlino, Springer, 2006 p. 138.

25. Art. 2, par. 1 CNUDM.

26. Art. 17 CNUDM. Il diritto di passaggio inoffensivo si era affermato nella comunità degli Stati ben prima della stesura della CNUDM, si vedano, e.g., le dichiarazioni rilasciate alla Conferenza della Lega delle Nazioni per la codificazione del diritto internazionale nel 1927, LON Doc. C. 196. M. 70. 1927.v. e LON Doc. C.74. M. 39. 1929. V., 71; a cura di S. Rosenne, *League of Nations Conference for the Codification of International Law [1930]*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1975, vol. II. Anche il diritto di passaggio inoffensivo, pertanto, può essere considerato diritto non solo di natura convenzionale, ma anche consuetudinaria.

27. Tuttavia, lo Stato costiero può decidere di rivendicare una zona più ristretta, oppure può esservi costretto dalle circostanze geografiche, per esempio perché la sua costa è adiacente a quella di un altro Stato – come nel caso dell'Italia e della Slovenia nel Golfo di Trieste – oppure perché vi è la costa di un altro Stato a una distanza inferiore a 24 m.m. – come nel caso di Sardegna e Corsica. In questi ultimi casi, i due Stati dovranno procedere alla delimitazione del mare territoriale, in base alle norme di diritto internazionale come codificate all'art. 15 CNUDM. Sulla delimitazione delle zone marine si vedano P. Weil, *The law of maritime delimitation - Reflections*, Cambridge, Grotius Publications, 1989; N. Antunes, D.H. Anderson, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation: Legal and Technical Aspects of A Political Process*, Leiden, Brill, 2003 e, in italiano I. Papanicopolulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, Milano, Giuffrè, 2005.

28. H. Yang, *Jurisdiction of the coastal State*, cit., p. 143.

29. H. Yang, *Jurisdiction of the coastal State*, cit., p. 145.

diritto di passaggio inoffensivo, mentre si possono adottare misure necessarie a prevenire il passaggio non-inoffensivo³⁰.

Al fine di chiarire l'estensione e i limiti dei poteri statali nel respingere persone alla frontiera esterna del mare territoriale – vale a dire, a 12 m.m. dalle linee di base – occorre considerare due aspetti. Primo, cosa si intende per passaggio inoffensivo e in quali casi il passaggio di una nave non è più tale, autorizzando lo Stato costiero ad adottare misure nei confronti della nave ed eventualmente delle persone a bordo. Secondo, se e in quali casi lo Stato costiero può adottare misure nei confronti di navi che esercitano il diritto di passaggio inoffensivo.

In merito al primo aspetto, occorre esaminare i due termini «passaggio» e «inoffensivo». Il «passaggio» consiste nella navigazione al fine sia di attraversare il mare territoriale, sia di entrare o uscire da un porto dello Stato³¹. Il passaggio deve essere rapido e continuo, salvo le eccezioni previste nell'ultima parte dell'art. 18, par. 2, CNUDM: attività necessarie per la navigazione ordinaria e situazioni di forza maggiore, pericolo e necessità di prestare assistenza a navi e aeromobili in pericolo. Quest'ultimo aspetto è quello che più rileva per valutare la liceità di eventuali respingimenti, dato il tipo di navi nel mirino dell'Esecutivo. Di conseguenza, l'ingresso, il transito e la sosta nel mare territoriale al fine di prestare soccorso a chi è in pericolo, oppure l'ingresso di un'imbarcazione in situazione di pericolo essa stessa al fine di trovare riparo in un porto, non autorizza lo Stato costiero ad adottare misure contro questa nave. Per quel che riguarda il carattere «inoffensivo» del passaggio, questo è tale se non reca pregiudizio alla pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero³². Tra le attività che rendono il passaggio non-inoffensivo rientra «il carico o scarico di qualsiasi ... persona in violazione alle norme ... in materia di immigrazione ... dello Stato costiero»³³. Di conseguenza, se una nave carica o scarica persone in violazione alle norme sull'immigrazione dello Stato costiero mentre naviga nel mare territoriale, il passaggio non è più inoffensivo e lo Stato costiero può intervenire.

30. Art. 25 CNUDM.

31. Art. 18, par. 1 CNUDM.

32. Art. 19, par. 1 CNUDM.

33. Art. 19, par. 2, lett. g, CNUDM. La questione dei poteri dello Stato in materia di contrasto all'immigrazione clandestina e in particolare al traffico di migranti, che pure è legata alla questione dei respingimenti, non sarà trattata in questo scritto. Sul tema si vedano, tra molti altri, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di A. Antonucci, I. Papanicolopulu, T. Scovazzi, Torino, Giappichelli, 2016; L.V.M. Salamone, *La disciplina giuridica dell'immigrazione clandestina via mare*, Piacenza, La Tribuna, 2019.

3. Lo Stato e il divieto di respingere

Se il diritto di impedire l'ingresso è conseguenza della sovranità che lo Stato gode sul proprio territorio, anche i limiti a tale diritto possono essere ricondotti all'altra faccia della sovranità. Sempre Max Huber notava, infatti, che il diritto esclusivo (nel senso di escludere) derivante dalla sovranità ha come corollario un obbligo: l'obbligo di assicurare a tutte le attività umane quel «minimo di protezione della quale il diritto internazionale è custode».³⁴ La sovranità non è quindi da intendersi come diritto fine a se stesso, ma come strumento per assicurare a tutti – Stati e individui – i diritti che loro spettano in base al diritto internazionale³⁵.

Questi diritti, questa protezione minima, è oggi perlopiù espressa nei vari strumenti giuridici che attribuiscono diritti umani all'individuo e prevedono obblighi di protezione in capo allo Stato. Innovando rispetto alla tradizionale ripartizione tra cittadini e stranieri, questi strumenti affermano i diritti umani come «diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana»³⁶, e fanno del principio di non-discriminazione il perno per la ricostruzione dei doveri degli Stati nei confronti di tutti gli individui, a prescindere dalla nazionalità.³⁷ In base a tale principio, gli Stati devono riconoscere e garantire a tutti gli individui sottoposti alla loro giurisdizione – vale a dire, presenti sul proprio territorio o su altro territorio controllato dallo Stato, oppure sottoposti al potere, *de iure* o *de facto* degli organi dello Stato³⁸ – i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto internazionale. L'atto di

34. «Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian». M. Hüber, *Island of Palmas case*, cit.

35. A tale proposito, si veda la *Draft Declaration on the Rights and Duties of States*, che all'art. 1 sancisce il diritto di ogni Stato a esercitare liberamente i propri poteri senza interferenze da parte di altri Stati, e al successivo art. 6 sancisce il dovere di ogni Stato di trattare tutte le persone sotto la sua giurisdizione nel rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. *UN General Assembly, Draft Declaration on Rights and Duties of States*, 6.12.1949, A/RES/375, artt. 1 e 6. Si veda anche, *ex multis*, A. Tancredi, *State Sovereignty: Balancing Effectiveness and Legality/Legitimacy*, in *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, Berlino, Springer, 2018.

36. Preambolo, *Universal Declaration of Human Rights* (da qui in poi UDHR), 10.12.1948, UNGA Res. 217A.

37. Si veda art. 2 UDHR.

38. Il concetto di giurisdizione ai sensi dei Trattati di diritti umani è stato oggetto di numerose opere dottrinali; si vedano, per tutti, P. De Sena, *La Nozione di Giurisdizione Statale nei Trattati sui Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappichelli, 2002; *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, a cura di F. Coomans, M.T. Kamminga, Anversa, Intersentia, 2004, p. 83; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

respingimento consiste indubbiamente nell'esercizio di potere – sicuramente *de facto* e generalmente *de iure* – da parte degli organi dello Stato preposti al controllo delle frontiere nei confronti degli individui che cercano di attraversarle. Tuttavia, ciò attiva l'applicabilità degli strumenti preposti alla tutela di diritti umani³⁹.

Di conseguenza, nel decidere se e come effettuare un respingimento, lo Stato dovrà rispettare i diritti umani degli individui coinvolti. Per quel che riguarda le modalità di un eventuale respingimento, il diritto alla vita, il divieto di trattamenti inumani e degradanti, la libertà personale, il diritto alla vita familiare e i diritti procedurali assumono particolare rilievo⁴⁰. In alcuni casi, per giunta, l'obbligo di rispettare i diritti umani può precludere allo Stato di respingere gli individui. Si tratta del cosiddetto divieto di respingimento (*non-refoulement*), inizialmente previsto nella Convenzione sullo statuto dei rifugiati e successivamente incorporato in diversi trattati di diritti umani⁴¹, che verrà considerato nei paragrafi che seguono.

3.1. *Il non-refoulement nel diritto dei rifugiati*

Il primo settore del diritto internazionale nel quale è stata sviluppata una norma che vieta il respingimento è il diritto dei rifugiati⁴². Memori dei respingimenti alla frontiera attuati da vari Stati europei prima e durante la Seconda guerra mondiale, nonché dei respingimenti attuati nei confronti di navi che cercavano di condurre in salvo persone perseguitate⁴³, gli Stati decisero di adottare un divieto generale di respingere i rifugiati. Ai sensi della Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951, gli Stati parte si impegnano a non espellere o rendere un rifugiato, in qualsiasi maniera, verso le frontiere di territori

39. *In primis*, per quanto riguarda l'Italia, la CEDU. La rilevanza di tale carta non risiede solo nella sua applicabilità al nostro Stato, essendo entrata in vigore in Italia nel 1955, ma anche per i meccanismi in caso di condanna che si caratterizzano per una maggiore efficacia nei confronti degli Stati parte, rispetto ai meccanismi previsti da altri strumenti convenzionali per la tutela dei diritti umani.

40. Tali aspetti sono ampiamente trattati da altre relazioni e non saranno ulteriormente discussi in questa.

41. Sulla distinzione tra i due si veda S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 12.2008, p. 205. Per l'ordinamento italiano si vedano art. 10, co. 4 e art. 19, co. 1, 1.1. e 1-bis, d.lgs. n. 286/1998 (TU leggi sull'immigrazione) che attuano nell'ordinamento italiano i divieti internazionali rispettivamente in materia di rifugiati, di persone a rischio di essere inviati in qualsiasi Stato (quindi anche non il proprio Stato) in cui potrebbero essere oggetto di persecuzione o di tortura e di minori non accompagnati.

42. G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd Ed., Oxford, Oxford University Press, 2007; F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 4.2010.

43. Famoso è rimasto il caso della nave *SS Saint Louis*, salpata nel 1939 con a bordo centinaia di ebrei che cercavano di fuggire dalla Germania, respinta prima da Cuba e poi dagli Stati Uniti, e infine costretta a fare ritorno in Germania, dove la maggior parte dei suoi passeggeri fu mandata nei campi di concentramento.

dove la sua vita o libertà sarebbero poste in pericolo a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o opinione politica⁴⁴.

Al fine di meglio comprendere la portata, ma anche i limiti, della norma che vieta il respingimento, è utile individuare i casi in cui la norma si applica, al fine di desumere i casi in cui non si applica. In primo luogo, la norma si applica ai «rifugiati», vale a dire a coloro che rientrano nella definizione di cui all'art. 1, lett. A della stessa Convenzione. Tale definizione richiede la presenza di cinque elementi, che spesso vengono definiti costitutivi: 1) il giustificato timore, 2) di persecuzione, 3) per uno dei cinque motivi previsti (razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale, opinione politica), 4) la presenza fuori dal territorio dello Stato di cui si ha la cittadinanza, e 5) l'impossibilità di avvalersi della protezione di tale Stato⁴⁵. Gli elementi necessari sono cumulativi, devono cioè essere tutti presenti allo stesso momento, ma anche sufficienti, poiché non è necessario altro per essere un rifugiato ai sensi della Convenzione. In particolare, non è necessario alcun atto formale da parte dello Stato o altri enti, che hanno effetti meramente dichiarativi e non costitutivi. Merita particolare attenzione la «appartenenza a un particolare gruppo sociale», vista la sua potenziale natura di valvola di chiusura del sistema. L'Alto Commissariato ONU per i Diritti Umani (UNHCR) ha provveduto a specificare come il «gruppo sociale» non possa essere definito solo in ragione della persecuzione a cui degli individui sono sottoposti, ritenendo necessario limitarne il campo di applicazione. Tuttavia, ha riconosciuto come non vi sia nessun elenco esaustivo di ciò che deve intendersi per «particolare gruppo sociale». Inoltre, l'UNHCR ha specificato come l'intera locuzione «appartenenza a un particolare gruppo sociale» debba essere interpretata in maniera evolutiva, armonicamente alla evoluzione di società e norme dei diritti umani. Per «gruppo sociale» si deve quindi intendere secondo l'UNHCR un gruppo di individui accomunati da una comune caratteristica, spesso innata e immodificabile, comunque fondamentale alla identità e alla coscienza personali, nonché all'esercizio dei diritti umani. In conclusione, nonostante la Convenzione sullo statuto dei rifugiati indichi solo cinque possibili cause di persecuzione atte a conferire lo *status* di rifugiato e a far scattare la protezione offerta dal diritto di non respingimento, la «appartenenza a un

44. Art. 33, par. 1, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, *Convention relating to the Status of Refugees*, 28 luglio 1951, che prevede: «*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 threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*».

45. A condizione che non ricorrano le cause di esclusione di cui all'art. 1, lett. D-F, o le cause di cessazione di cui all'art. 1, lett. C della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, cit.

particolare gruppo sociale» permette di proteggere molteplici categorie di soggetti, sottoposti a vari tipi di persecuzione⁴⁶.

Sono invece escluse altre persone che necessitano di protezione, quali coloro che fuggono da guerre (che non rientrano tra le cause di persecuzione), gli sfollati interni (che non sono usciti dal loro Stato) e i rifugiati ambientali (per i quali non si può parlare di persecuzione)⁴⁷.

Il comportamento vietato dalla norma non è il respingimento in generale, ma il respingimento verso una certa categoria di Paesi, ossia quelli dove la vita o la libertà del rifugiato sarebbero messe in pericolo. La possibile violazione di altri diritti umani di cui pure gode il rifugiato non è sufficiente a impedirne il respingimento⁴⁸. Non solo, vita e libertà devono essere in pericolo in ragione di una lista chiusa di motivazioni, la stessa lista di motivazioni che conferiscono all'individuo lo *status* di rifugiato (razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale o opinioni politiche)⁴⁹. Non è comunque necessario che tali Stati siano quelli di cittadinanza del rifugiato. La Convenzione, inoltre, non richiede che il rifugiato sia già entrato nel territorio dello Stato, essendo configurabile un respingimento anche alla frontiera – vale a dire prima che il rifugiato entri nel territorio dello Stato – oppure in zone dove lo Stato non esercita sovranità, come l'alto mare.

Vi sono alcuni casi in cui la Convenzione stessa prevede la possibilità di derogare al divieto di respingimento, indicati dal secondo paragrafo dell'art. 33. Si tratta di casi in cui vi siano seri motivi per considerare un rifugiato come pericoloso per la sicurezza dello Stato oppure i casi in cui il rifugiato possa essere considerato una minaccia per la collettività nazionale a causa di una condanna definitiva per un crimine particolarmente grave⁵⁰.

46. UNHCR, *Guidelines on international protection: "membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/02, 7.5.2002. Per la prassi si veda, e.g., *Attorney-General of Canada v. Ward*, dove si dice che per «gruppo sociale» si può intendere anche un gruppo composto da individui accomunati da «such bases as gender, linguistic background and sexual orientation». *Attorney-General of Canada v. Ward*, sent. 30.6.1993, n. 21937, p. 34. L'Alto Commissariato ONU per i Diritti Umani (UNHCR) ha provveduto a specificare come il «gruppo sociale» non possa essere definito esclusivamente per il fatto di essere soggetto a persecuzione.

47. Sulle varie categorie di rifugiati, non sempre protetti ai sensi della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, si veda *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, a cura di L. Westra, S. Juss, T. Scovazzi, Ashgate, 2015.

48. Art. 33, par. 1, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, cit.

49. *Ibidem*

50. Art. 33, par. 2, Convenzione sullo statuto dei rifugiati, cit.: «*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*».

3.2. *Il non-refoulement nei diritti umani*

La rilevanza dell'art. 33 Convenzione sullo statuto dei rifugiati riguarda non solo la rilevanza che tale norma assume nella tutela dei rifugiati che cercano asilo in altri Stati, ma anche l'influenza che questa norma ha avuto sullo sviluppo dei diritti umani. Il principio che, in casi di rischio particolarmente grave, una persona non possa essere respinta verso uno Stato dove potrebbe subire una violazione dei diritti fondamentali, è stato ripreso successivamente da altri strumenti giuridici. Ciò dimostra senz'altro un forte interesse da parte della comunità internazionale alla protezione da respingimenti in possibile violazione con i diritti umani; tuttavia, le disposizioni variano da strumento a strumento, impedendo lo sviluppo di disciplina e prassi coese e consistenti. A oggi, il destino di uno straniero che invoca il diritto a non essere respinto varia a seconda dello Stato in cui egli si trova; la medesima situazione può essere considerata dalla Corte sufficiente o insufficiente ad attivare la protezione data dal principio di *non-refoulement*, a seconda del testo normativo recepito dallo Stato attraverso ratifiche di strumenti internazionali.

Così la Convenzione contro la tortura (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrating Treatment or Punishment*, da qui in poi CAT) prevede un divieto completo di respingimento verso Stati dove una persona, non necessariamente un rifugiato come prevede la Convenzione sullo statuto dei rifugiati, rischi di essere sottoposta a tortura, come corollario del divieto oggetto della convenzione; infatti, la protezione offerta dalla CAT sarebbe neutralizzata se fosse possibile inviare gli individui in Paesi dove possano essere soggetti a tortura. Se in questo caso il divieto di *refoulement* si applica solo nel caso in cui il rischio riguardi la lesione del solo diritto a non essere sottoposti a tortura, e non anche il diritto alla vita e alla libertà personale previsti all'art. 33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, il divieto di respingimento sancito in questa convenzione è di natura assoluta. Infatti, il divieto di respingimento di cui all'art. 3, par. 1, CAT non contempla alcuna eccezione⁵¹. Questo approccio è coerente con il carattere assoluto del divieto di tortura, previsto all'art. 2 della stessa Convenzione, ai sensi del quale non si può invocare come giustificazione alcun tipo di circostanze, seppur eccezionali⁵², né il dovere di

51. «No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture».

52. «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». Art. 2, par. 2, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrating Treatment or Punishment* (CAT), 10.12.1984, UN GA res. 39/46.

adempiere a ordini ricevuti da un superiore⁵³. Tale carattere del divieto di tortura e del conseguente divieto di respingimento verso Paesi dove la persona potrebbe essere torturata è conforme con il carattere di *jus cogens* del divieto stesso, come riconosciuto dai giudici internazionali, *in primis* dalla Corte internazionale di giustizia⁵⁴.

Una limitazione all'applicabilità dell'art. 3 CAT deriva dalla definizione stessa di tortura, che deve essere inflitta da un funzionario pubblico o da un'altra persona che agisca a titolo ufficiale, oppure da altre persone su istigazione o col consenso o l'acquiescenza di pubblici ufficiali⁵⁵. Sono quindi escluse tutte le forme di tortura perpetrate da persone o gruppi che non rivestano una funzione ufficiale, anche se questi controllano una porzione del territorio dello Stato verso cui si vuole respingere la persona. Tuttavia, l'efficacia del divieto di tortura sarebbe inficiata dal ricorso a termini meno definiti, che lasciano più margine di interpretazione. Pertanto, si può affermare che la puntuale definizione *ex art. 1* non era stata predisposta per costituire un limite, ma piuttosto garantire l'efficacia della protezione offerta dal dettato convenzionale.

3.3. *Il principio di non-refoulement nella giurisprudenza della Corte EDU*

Il pericolo di essere sottoposto a tortura o trattamenti crudeli, inumani e degradanti in caso di respingimento è stato affrontato anche a livello regionale. Per quanto concerne l'Italia, è sicuramente da segnalarsi la giurisprudenza della Corte EDU. Il principio di *non-refoulement* non è espressamente sancito nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Tuttavia, la Corte EDU ha, nel corso degli anni, ricostruito la vincolatività di tale principio per gli Stati parte della CEDU come corollario della proibizione della tortura, sancita all'art. 3 CEDU⁵⁶. Inoltre, poiché il disposto dell'art. 3 CEDU non identifica particolari categorie di beneficiari del divieto di tortura, la tutela data da tale proibizione e dal corollario principio di *non-refoulement* tutelano ogni individuo, come la CAT e a differenza della Convenzione sullo statuto dei rifugiati.

53. «An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture». Art. 2, par. 3, CAT, cit.

54. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, sent. 20.07.2012, in *ICJ Reports 2012*, par. 99: «the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)».

55. Art. 1, par. 1, Convenzione contro la tortura, prima disposizione a fornire una definizione di tortura a livello internazionale. Per approfondimenti dottrinali circa la portata di questo articolo, si veda, *ex multis*, J.H. Burgers, H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A handbook on the Convention against Torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

56. «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», art. 3 CEDU, 4.11.1950.

Infatti, la Corte, partendo dal disposto dell'art. 3, ha desunto un divieto di respingimento verso quegli Stati dove la persona sarebbe sottoposta a tortura. Il primo caso⁵⁷ dove ciò viene espresso è *Soering c. Regno Unito*, riguardante il rischio reale (*real risk*) di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani, crudeli e degradanti in caso di estradizione⁵⁸. La Corte EDU non si è limitata a proibire i respingimenti a questo tipo di casi, ma ha esteso tale divieto anche ai casi di espulsione⁵⁹. L'evoluzione in via interpretativa dell'art. 3 dato dalla Corte EDU non si è fermata al riconoscimento dell'obbligo di non respingimento; infatti, ha riconosciuto la natura assoluta del divieto, che non può essere derogato nemmeno per motivi di sicurezza nazionale (emerge, quindi, come nel caso di specie la Corte EDU sia stata chiamata al bilanciamento tra diritti umani e sicurezza nazionale)⁶⁰. Inoltre, la Corte ha chiarito che il rischio di tortura, capace di attivare la protezione fornita dal divieto di respingimento, possa emanare anche da soggetti non statali⁶¹. Alla luce di tale giurisprudenza, si può oggi affermare che uno Stato parte della CEDU non possa mai respingere una persona verso il territorio di un altro Stato dove questa persona corre il rischio serio di essere sottoposta a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti⁶². Inoltre, e di particolare interesse ai fini della presente trattazione, la Corte EDU ha chiarito che il divieto di respingimento si applica anche rispetto ad azioni dello Stato condotte in alto mare⁶³, anche qualora queste coinvolgano migranti via mare⁶⁴.

57. Si osserva che riferimenti alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU in caso di trasferimento coatto furono svolti dalla Corte EDU precedentemente, v. *P. c. Belgio*, 1963, e *X. c. Repubblica Federale di Germania*.

58. Nella sentenza del 7.7.1989, par. 88, la Corte ritenne che «*the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country*». Non solo: «*It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention [...] were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture [...]. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3, would plainly be contrary to the spirit and intentment of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article*».

59. *V. Chahal c. Regno Unito*, sent. 15.11.1996, par. 74.

60. *Chahal*, par. 79-80; *Saadi c. Italia*, sent. 28.2.2008, par. 127.

61. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 120.

62. Al fine di avere una più completa comprensione della posizione giurisprudenziale in materia, è necessaria una comprensione di ciò che la Corte EDU ha, nel corso degli anni, dichiarato essere «tortura» o «trattamento crudele», «inumano» o «degradante». Si rimanda, conseguentemente, alle sentenze della Corte EDU in materia. Si segnala, *ex multis*, a *Irlanda c. Regno Unito*, sent. 18.1.1978, *Tyrer c. Regno Unito*, sent. 25.4.1978, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, sent. 25.3.1993.

63. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 120.

64. Sulla rilevanza del principio di *non-refoulement* per i migranti irregolari via mare si veda G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, cit.; A. Fischer-Lescano, T. Löhr, T. Tohidipur, *Border Controls at Sea*:

Effetti simili sono raggiunti attraverso il divieto di espulsioni collettive, previsto all'art. 4 Protocollo Addizionale 4 CEDU, ratificato dall'Italia⁶⁵. Come ha riconosciuto la Corte EDU, il divieto di respingimenti collettivi si applica non solo nei confronti di persone che si trovano già all'interno del territorio dello Stato, ma anche nei confronti di persone cui viene impedito – attraverso un respingimento alla frontiera o prima ancora che raggiungano la frontiera, come nei casi di respingimenti in alto mare – di entrare nel territorio dello Stato, come esplicitato dalla Grande Camera EDU nelle sentenze *Hirsi Jamaa et al. c. Italia* e *Khlaifia et al. c. Italia*⁶⁶.

L'art. 4 Protocollo Addizionale 4 CEDU costituisce un buon esempio di difficoltà applicative di una disposizione scritta. Coniugare il rispetto del principio di *non-refoulement* con la prassi dei respingimenti così come attualmente configurata presenta infatti delle difficoltà. Perché il principio di *non-refoulement* venga effettivamente applicato, infatti, è necessaria la valutazione specifica della situazione particolare dello straniero, raramente di rapida realizzazione⁶⁷. Una prassi caratterizzata da respingimenti rapidi e collettivi, pertanto, viola di per sé il principio di *non-refoulement*.

Altro aspetto della prassi in materia di respingimenti di diversi Stati, anche parte della CEDU, difficilmente compatibile con il principio di *non-refoulement* è dato dalla predisposizione di una lista di Stati nei quali un individuo non corre il rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani, crudeli o degradanti. Un provvedimento di respingimento verso uno di questi Stati, pertanto, non necessiterebbe di ulteriori controlli:

Requirements under International Human Rights and Refugee Law, in *International Journal of Refugee Law*, n. 21.2009; P. Mallia, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; V. Moreno Lax, *Seeking Asylum in the Mediterranean: against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, n. 23.2011; S. Borelli, B. 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*, n. 10.2014; N. Klein, *A Case for Harmonizing Laws on Maritime Interceptions of Irregular Migrants*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 63.2014; M. Giuffré, *Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *'Boat Refugees' and Migrants at Sea. A Comprehensive Approach Integrating Maritime Security with Human Rights*, a cura di V. Moreno-Lax, E. Papastavridis, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 248 ss; R. Wilde *'Let Them Drown': Rescuing Migrants At Sea And The Non-Refoulement Obligation As A Case Study Of International Law's Relationship To 'Crisis': Part I*, in *EJIL talk!*, 25.2.2017, www.ejiltalk.org; R. Wilde, *'Let Them Drown': Rescuing Migrants At Sea And The Non-Refoulement Obligation As A Case Study Of International Law's Relationship To 'Crisis': Part II*, in *EJIL talk!*, 27.2.2017, www.ejiltalk.org.

65. «*Collective expulsion of aliens is prohibited*», Protocollo addizionale alla CEDU n. 4, Strasburgo, 16.9.1963, art. 4.

66. *Hirsi Jamaa c. Italia*, sent. 23.2.2012, par. 166-182; *Khlaifia et al. c. Italia*, sent. 1.9.2015 e sent. 5.12.2016.

67. Si ricordano, a tale proposito, i requisiti necessari per il godimento del diritto a non essere respinto previsti dalla Convenzione sullo statuto dei rifugiati, requisiti che sono stati definiti come psicologici (laddove si parla di «fondato timore»).

lo Stato compare in tale lista, quindi non vi è rischio. Il contrasto con il principio di *non-refoulement* è evidente: come ribadito poc' anzi, la verifica del rischio di essere sottoposto a tortura o pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti deve essere svolta caso per caso. Ciò è incompatibile con la predisposizione di liste che permettono un generico respingimento in tali Stati⁶⁸.

Pertanto, nonostante la presenza di diversi strumenti internazionali, di carattere locale e non, che sanciscono il principio di *non-refoulement*, diversi sono i comportamenti concretamente tenuti dagli Stati in possibile conflitto con questo principio. Le ragioni alla base sono di natura precipuamente politica, come lo scopo di scoraggiare migrazioni incontrollate; tuttavia, le diverse norme di diritto internazionale, se da un lato permettono agli Stati di regolamentare e limitare gli ingressi di stranieri nel proprio territorio, dall'altro impongono il rispetto dei diritti umani.

3.4. L'obbligo di non respingere e il diritto del mare

Il principio di *non-refoulement* non è espressamente sancito dalle norme di diritto del mare. Questo tuttavia non significa che esso non si applichi in mare, poiché il diritto del mare, un "regime" aperto all'interno del "sistema" del diritto internazionale⁶⁹, chiaramente prevede la possibilità di integrare le norme contenute nei suoi strumenti con quelle derivanti da altri "regimi"⁷⁰. Così la CNUDM prevede che le questioni non regolate dalla stessa continuino a essere regolate dalle norme e dai principi del diritto internazionale⁷¹, e che le sue disposizioni non alterino i diritti e gli obblighi che derivano per gli Stati parte da altri accordi compatibili con essa⁷². È quindi evidente come il divieto di *non-refoulement* sia pienamente compatibile con le norme del diritto del mare come contenute nella CNUDM.

68. Politiche migratorie statali in contrasto con gli obblighi di diritto internazionale si rintracciano non solo nella recente esperienza italiana, ma anche, *ex multis*, ungherese, francese, statunitense. Vedi Oxfam Italia, *Un "gioco" pericoloso – I respingimenti di migranti e rifugiati alle frontiere europee*, Oxford, 2017. Per quanto riguarda l'esperienza statunitense, Stato non vincolato dalla CEDU ma ugualmente vincolato al rispetto del principio di *non-refoulement*, si vedano i report della *American Civil Liberties Union* prodotti sul tema *Immigrants' rights – Deportation and due process*, reperibili presso https://www.aclu.org/search/?f%5B0%5D=field_issues%3A428&f%5B1%5D=field_date%3A2019. Circa la prassi italiana in materia di respingimenti rispetto ai fenomeni migratori via mare che interessano il nostro Paese, vedi *infra*.

69. Si fa qui ricorso alle categorie utilizzate da Koskeniemi nel suo rapporto alla Commissione di diritto internazionale sulla frammentazione del diritto internazionale; si veda M. Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi*, 13.4.2006, UN Doc A/ CN.4/ L.682.

70. Per un'analisi si rimanda a I. Papanicolopulu, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 101-103.

71. Preambolo, CNUDM.

72. Art. 311, par. 2, CNUDM.

In aggiunta, è possibile rilevare come taluni obblighi fondamentali di questo ramo del diritto internazionale sono coerenti con la tutela dei diritti umani offerta dal principio poc'anzi brevemente illustrato. Ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di salvare chiunque si trovi in pericolo in mare e portarlo in un luogo sicuro⁷³. Questo obbligo, già previsto da norme consuetudinarie, è sancito sia dalla CNUDM che da altri strumenti elaborati nell'ambito dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), *in primis* la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (da qui in poi Convenzione SOLAS)⁷⁴ e la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio marittimo (da qui in poi Convenzione SAR)⁷⁵. Sia la Convenzione SOLAS che la Convenzione SAR prevedono, oltre all'obbligo di salvataggio, che le persone salvate in mare siano sbarcate in un «luogo sicuro», «*place of safety*»⁷⁶. Le due convenzioni non forniscono una definizione di «luogo sicuro»; a ciò sopperiscono le linee guida dell'IMO. Queste parlano di «luogo sicuro» come del luogo dove

73. L'obbligo è stato esaminato sotto molteplici aspetti dalla dottrina, italiana e non, tra cui R. Barnes, *The International Law of the Sea and Migration Control in Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, a cura di B. Ryan and V. Mitsilegas, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 103; G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The Refugee in International Law*, cit., p. 278; B.H. Oxman, *Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 36.1998, p. 415; *The United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary. Volume III*, a cura di M. Nordquist, S.N. Nandan, S. Rosenne, Leiden, Martinus Nijhoff, 1985, p. 171 ss.; T. Scovazzi, *Human Rights and Immigration at Sea*, in *Human Rights and Immigration*, a cura di R. Rubio-Marin, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 212, 225; J.E. Noyes, *The Territorial Sea and Contiguous Zone*, in *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, a cura di D.R. Rothwell, A.G. Oude Elferink, K.N. Scott, T. Stephens, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 91, 104; P. Mallia, *Migrant Smuggling by Sea. Combating a Current Threat to Maritime Security through the Creation of a Cooperative Framework*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; J. Coppens, E. Somers, *Towards New Rules on Disembarkation of Persons Rescued at Sea?*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 25.2010, p. 377 ss.; V. Moreno Lax, *The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: The Frontex Guidelines for Intervention at Sea*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, n. 25.2010, p. 621 ss.; D. Testa, *Safeguarding Human Life and Ensuring Respect for Fundamental Human Rights: A Consequential Approach to the Disembarkation of Persons Rescued at Sea*, in *Ocean Yearbook*, n. 28.2014, p. 555 ss.; E. Papastavridis, *Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, www.qil-qdi.org; S. Trevisanut, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, www.qil-qdi.org; I. Papanicolopulu, *The Duty To Rescue At Sea, In Peacetime And In War: A General Overview*, in *International review of the red cross*, n. 98(2).2016; M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante di nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1.2019, pp. 5-48; F. De Vittor, *Il diritto di attraversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1.2014, pp. 63-81; M. Pallis, *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 14(2).2002, pp. 329-364.

74. *International Convention for the Safety of Life at Sea*, adottata il 1.11.1974 ed entrata in vigore il 25.5.1980, 1184 UNTS 278, come emendata. La flotta mercantile dei 163 Stati parte alla SOLAS costituisce il 99,14% circa della stazza lorda mondiale. La SOLAS è stata emendata nel 2004; l'unico Stato parte che non è vincolato dai nuovi emendamenti è Malta.

75. *International Convention on Maritime Search and Rescue*, Organizzazione internazionale marittima, adottata il 27.4.1979 ed entrata in vigore il 22.6.1985, 1405 UNTS 118, come emendata. La flotta mercantile dei 109 Stati parte alla Convenzione SAR costituisce il 80,75% della stazza lorda mondiale. La Convenzione SAR è stata emendata nel 2004; l'unico Stato parte che non è vincolato dai nuovi emendamenti è Malta.

76. *International Convention on Maritime Search and Rescue*, cit., cap. I, art. 1.3.2.

la vita dei sopravvissuti non è più in pericolo e in cui i loro diritti umani fondamentali posso essere soddisfatti⁷⁷, luogo che va identificato «tenuto conto delle particolari circostanze del caso»⁷⁸, ivi incluse, nel caso di richiedenti asilo e rifugiati salvati in mare, la necessità di evitare lo sbarco in territori dove la vita e la libertà di queste persone sarebbero poste in pericolo⁷⁹.

Appare evidente come questo obbligo sia coerente col principio di *non-refoulement*. Vi si può infatti rintracciare una medesima esigenza: fornire effettiva tutela ai diritti umani delle persone in situazione di vulnerabilità. Come il divieto di tortura (e, nel caso della CEDU, di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti) non sarebbe effettivamente garantito nel caso si permetta il respingimento verso Stati che non garantiscono questa proibizione, allo stesso modo l'obbligo di salvataggio non realizzerebbe il suo scopo umanitario nel caso in cui gli individui soccorsi in mare fossero fatti sbarcare in luoghi non sicuri.

Quest'ultima ipotesi può costituire una violazione non soltanto della previsione sul «*place of safety*», ma, nel caso in cui questo sbarco sia conseguenza di un respingimento, anche del principio di *non-refoulement*. Il collegamento tra l'obbligo di salvataggio in mare e sbarco in luogo sicuro e l'obbligo di *non-refoulement* costituisce così un punto di incontro tra il diritto del mare, il diritto dei rifugiati e il diritto dei diritti umani.

La possibilità che la persona salvata in mare sia anche migrante non è una mera ipotesi di scuola. Al contrario, ciò si è presentato diverse volte in anni recenti nel nostro Paese, spesso meta di migrazioni via mare⁸⁰. In tale contesto di sostenuti movimenti migratori attraverso il Mediterraneo, lo Stato italiano è spesso intervenuto rimarcando il proprio diritto a respingere, soprattutto via mare, derivante dalla propria sovranità territoriale⁸¹. Come illustrato, però, il diritto a respingere non può essere avulso dall'obbligo di non respingere; starà alle autorità dello Stato, attraverso le sue autorità – quelle politiche, in primo luogo, ma anche gli altri poteri incluso quello giudiziario – conciliare diritto e obbligo.

77. «*A place of safety is (...) a place where the survivor's safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met*». Organizzazione internazionale marittima, risoluzione MSC.167(78), 20.05.2004, par. 6.12.

78. *Ibidem*, par. 6.15.

79. *Ibidem*, par. 6.17. Sull'applicazione pratica di tali criteri rispetto alla Libia si veda Alto Commissariato ONU per i Diritti Umani, *UNHCR Position on returns to Libya (Update II)*, 9.2018.

80. Per quanto riguarda i numeri degli sbarchi negli anni più recenti, vedi *supra*, par. 1.

81. Simili misure sono adottate anche da altri Stati, si veda per esempio il recente Decreto Libico del 14 settembre 2019 che mira a rendere particolarmente oneroso il salvataggio da parte di ONG nella zona SAR Libica.

4. La chiusura dei porti

Le limitazioni alla potestà dello Stato di respingere gli stranieri alla frontiera derivanti dal diritto dei rifugiati e dai diritti umani sono spesso state viste come un intralcio a politiche di respingimento indiscriminato portate avanti da alcuni Stati. Questi Stati – o meglio, i loro governi – hanno così cercato altre strade per evitare che stranieri – verosimilmente rifugiati – potessero raggiungere il territorio dello Stato al fine di chiedere asilo o comunque protezione contro gravi violazioni dei loro diritti⁸². In particolare, alcuni Stati costieri destinatari di flussi di migranti irregolari, tra cui Australia, Italia e Stati Uniti d’America, hanno cercato di allontanare le operazioni di respingimento dal loro territorio spostando il respingimento dal confine territoriale⁸³.

Nel caso italiano, il limite esterno è dato dal mare territoriale, alle zone marine non soggette alla sovranità dello Stato, in particolare l’alto mare. Tale pratica è stata considerata come violazione del diritto internazionale ed è stata criticata da più parti, si veda la condanna dell’Italia a opera della Corte EDU nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*. In tale sentenza, infatti, la Corte ha ribadito la sua interpretazione consolidata della giurisdizione statale, secondo la quale quest’ultima si estende anche al di fuori del

82. Le tematiche del respingimento differito allo Stato di partenza e degli accordi tra Stati di partenza dei flussi migratori per la concertazione di politiche migratorie con l’obiettivo di realizzare una esternalizzazione delle frontiere, pure argomenti spinosi sotto un profilo politico e giuridicamente opinabili, non saranno oggetto di questa trattazione. Per maggiori approfondimenti circa questi profili si rimanda, *ex multis*, a G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11.9.2017, www.sidiblog.org; A. Algostino, *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, pp. 139-182, www.constituzionalismo.it; F. Vassallo Paleologo, *La frontiera Mediterraneo: migrazioni irregolari e diritti fondamentali dei migranti*, in *Emigrazione, immigrazione, sviluppo*, n. 10/2007; P. Cuttitta, *I confini d’Europa a Sud del Mediterraneo. Strumenti e incentivi per l’esternalizzazione dei controlli*, in *Migrazioni, frontiere, diritti*, a cura di P. Cuttitta, F. Vassallo Paleologo, 2006, pp. 13-40.

83. Per approfondimenti circa le politiche di esternalizzazione dei respingimenti si veda, *ex multis*, B. Frelick, I.M. Kysel, J. Podkul. *The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants*. in *Journal on Migration and Human Security*. n. 4(4).2016. pp. 190-220; A. Liguori. *Migration Law and the Externalization of Border Controls: European State Responsibility*. Londra. Routledge. 2019; F. Mussi, N.F. Tan. *Comparing Cooperation on Migration Control: Italy-Libya and Australia-Indonesia*. in *Irish Yearbook of International Law*. n. 10.2015. pp. 87-108; A.L. Hirsch. *The borders beyond the border: Australia’s extraterritorial migration controls*. in *Refugee Survey Quarterly*. n. 36(3).2017. p. 48-80; J. Podkul, I.M. Kysel. *Interdiction, border externalization, and the protection of the human rights of migrants. Submitted as written testimony to the Inter-American Commission on Human Rights Hearing on Human Rights and the Interdiction of Persons Eligible for International Protection*, Washington, DC, Human Rights Institute, 22.10.2015; sugli accordi di cooperazione Italia-Libia, si veda F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4.2018, nonché l’appello di varie associazioni per l’annullamento del memorandum Italia-Libia, *Lettera aperta al governo e al parlamento per l’annullamento del memorandum Italia-Libia*. reperibile presso https://www.aspi.it/wp-content/uploads/2019/10/LETTERA-APERTA-AL-GOVERNO-SUL-MEMORANDUM-CON-LA-LIBIA_DEF.pdf.

territorio statale per ricomprendere tutte le ipotesi in cui i propri agenti esercitano controllo e autorità su un individuo⁸⁴.

Queste condanne non hanno tuttavia eliminato fantasiosi tentativi miranti a impedire di fatto l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato, incluso il mare territoriale. In particolare, l'Italia ha recentemente adottato una normativa mirante a impedire l'ingresso di navi che hanno soccorso migranti nelle proprie acque territoriali e nei propri porti⁸⁵. Il giorno 14 giugno 2019 il governo italiano ha adottato il «Decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»⁸⁶, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77⁸⁷. Sia il decreto che la successiva legge sollevano vari problemi, a iniziare dallo stesso ricorso allo strumento del decreto-legge per la disciplina di una materia la cui urgenza è tutt'altro che pacifica⁸⁸. Ai fini di questa trattazione, è sicuramente di rilievo la questione della liceità delle misure nei confronti di navi che intendano entrare nel mare territoriale italiano, anche alla luce delle vicende note

84. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, cit., par. 74. Il caso è stato ampiamente commentato dalla dottrina; si vedano G. 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*, n. 7.2012, p. 491 ss.; A. Di Pascale, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in questa *Rivista*, n. 1.2012, p. 85 ss.; M. Giuffrè, *Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v Italy*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 61.2012, p. 728 ss.; F. Lenzerini, *Il principio del "non-refoulement" dopo la sentenza "Hirsi" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, n. 95.2012, p. 721 ss.; A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. intern.*, n. 95.2012, p. 415 ss.; V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, in *Human Rights Law Review*, n. 12.2012, p. 574 ss.; M. 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 *The Journal of International Maritime Law*, n. 18.2012, p. 59 ss.; M. den Heijer, *Reflections on "Refoulement" and Collective Expulsion in the "Hirsi" Case*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 25.2013, p. 265 ss.; I. Papanicolopulu, *Hirsi Jamaa v. Italy*, in *American Journal of International Law*, n. 107.2013, p. 417 ss. Per casi affrontati in altri ambiti, si vedano Inter-American Commission on Human Rights, *The Haitian Centre for Human Rights et al v United States, Case 10.675 (Report no 51/ 96 of 13 March 1997)*; Committee Against Torture (CAT), *JHA v Spain, Communication no 323/ 2007 (Decision of 21 November 2008)*.

85. Per situazioni precedenti si rinvia a <https://www.asylumineurope.org/reports/country/italy/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/access-territory-and-push>.

86. GU 14.6.2019, n. 138.

87. GU 9.8.2019, n. 186.

88. Come invece richiesto dalla Costituzione della Repubblica italiana, art. 77. Per rilievi critici su questa normativa si vedano M.E. Cassano, *Sicurezza e disagio sociale nel decreto Salvini*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 9.2019; S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il c.d. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Questione di giustizia*, 2019, www.questionegiustizia.it; M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista*, n. 1.2019; ASGI, *Il D.L. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, nella L. n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, 13.9.2019, reperibile presso <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/09/2019-Commento-decreto-sicurezza-bis-13-9-.pdf>.

relative alla nave *Sea Watch 3* e ad altre navi gestite da organizzazioni non governative e impegnate nel salvataggio di persone in mare⁸⁹.

Le disposizioni rilevanti si trovano nei primi due articoli. In sostanza, le due norme prevedono il potere per il Ministro degli interni, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e informandone il Presidente del Consiglio dei ministri, di «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale» (art. 1), nonché la sanzione prevista per il comandante che non dovesse rispettare tale divieto (art. 2). La legittimità della misura può essere valutata alla luce di vari settori del diritto, tra cui il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto dei diritti umani e il diritto del mare. Per quel che riguarda il diritto dei diritti umani e il diritto dei rifugiati, la disposizione è indubbiamente illegittima nella misura in cui si concretizza in un respingimento verso uno Stato in violazione dell'art. 33 Convenzione sullo statuto dei rifugiati, art. 3 Convenzione contro la tortura e dell'art. 3 CEDU nella interpretazione della Corte EDU⁹⁰.

Vi sono tuttavia dubbi circa la compatibilità del provvedimento anche con norme di diritto del mare, codificate sia nella CNUDM sia in altri trattati relativi alla salvaguardia della vita umana in mare. La prima questione che si vuole esaminare concerne la possibilità di vietare l'ingresso nel mare territoriale in generale. Come è stato illustrato in precedenza, lo Stato costiero può impedire il passaggio non-inoffensivo di navi nel suo mare territoriale. Tuttavia, l'ingresso di una nave che trasporta persone soccorse in mare in adempimento dell'obbligo internazionale di salvare la vita umana in mare non può

89. Si vedano V. Passalacqua, *The 'Open Arms' Case: Reconciling The Notion Of 'Place Of Safety' With The Human Rights Of Migrants*, in EJIL: talk!, 21.5.2018, www.ejiltalk.org; I. Tani, *Ricerca e soccorso nel mediterraneo centrale tra diritto internazionale e nuove (discutibili) qualificazioni del fenomeno migratorio*, in questa Rivista, n. 3.2019; E. Papastavridis, *The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?*, in EJIL: talk!, 27.6.2018, www.ejiltalk.org; M. Fink, K. Goombeer, *The Aquarius Incident: Navigating The Turbulent Waters Of International Law*, in EJIL: talk!, 14.06.2018, www.ejiltalk.org; A. Del Guercio, *Il caso della Sea-Watch 3 tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3.2019; G. Cataldi, *Migration in the mediterranean sea and protection of rights: some recent cases of italian practice*, in *Migrations And Fundamental Rights: The Way Forward*, a cura di G. Cataldi, M. Corleto, M. Pace, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; G. Cataldi, *Migrations In The Mediterranean Between Protection Of Human Rights And Border Control. An Italian Perspective*, in *Revue Quebecoise De Droit International*, n. 41.2018; F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 443-452; S. Zirulia e F. De Vittor, *Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro*, in *Sistema Penale*, 5.12.2019, https://www.sistemapenale.it/it/scheda/caso-nave-alan-kurdi-diritto-penale-diritto-internazionale-omessa-assegnazione-porto-sicuro#_ftnref5. Si vedano anche i contributi in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXVIII, 2018.

90. Per un'analisi di questi aspetti si rinvia a C. Pitea e S. Zirulia, *"Friends, not foes": qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta*, in *Sidiblog*, 26.7.2019, <http://www.sidiblog.org/2019/07/26/friends-not-foes-qualificazione-penalistica-delle-attivita-delle-ong-di-soccorso-in-mare-alla-luce-del-diritto-internazionale-e-tipicita-della-condotta>.

considerarsi come attività compiuta in violazione delle leggi nazionali sull'immigrazione, a condizione che l'obiettivo della nave sia semplicemente quello di far sbarcare le persone soccorse. Infatti, l'obbligo di salvare la vita umana in mare vincola sia gli Stati⁹¹ sia i comandanti di navi⁹². Tale obbligo richiede al comandante di assistere le persone in pericolo e di condurle in un luogo sicuro. In altri termini, la fattispecie del salvataggio in mare continua fino a quando il comandante non abbia fatto sbarcare le persone in luogo sicuro, e il suo ingresso nel mare territoriale e nei porti di uno Stato non può essere visto sotto luce diversa. Non si può quindi precludere il passaggio inoffensivo a una nave che ha soccorso persone in pericolo, anche al di fuori del mare territoriale, qualora questa intenda entrare al fine di perfezionare il proprio obbligo di salvare la vita umana in mare. Vi è invero una certa incoerenza nella legge nella misura in cui, da un lato, salvaguarda gli impegni internazionalmente assunti dall'Italia e dall'altro di fatto impone al comandante di una nave un comportamento contrario a tali impegni⁹³.

La seconda questione concerne la possibilità per lo Stato costiero di limitare il godimento del passaggio inoffensivo, stante che il principio generale stabilisce che non si possa ostacolare il passaggio inoffensivo, per esempio «imponendo alle navi straniere condizioni che hanno l'effetto pratico di negare o ostacolare il diritto di passaggio inoffensivo»⁹⁴. La minaccia di sanzioni amministrative per comportamenti che sono conformi alla rilevante normativa nazionale e internazionale, incluso l'obbligo di prestare soccorso, rientra indubbiamente tra queste misure vietate.

Tuttavia, in alcuni casi lo Stato costiero può sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo in determinate zone del suo mare territoriale⁹⁵. Questa norma, tuttavia, pone condizioni rigorose per evitare abusi della possibilità in questione: la sospensione deve essere temporanea, deve riguardare solo zone specifiche, deve essere essenziale per la protezione della sicurezza dello Stato e, soprattutto, non deve essere discriminatoria, *de jure* o *de facto*. In altri termini, la sospensione deve riguardare solo una certa area (presumibilmente ristretta) del mare territoriale e deve essere applicabile a tutte le navi. Sospensioni del diritto di passaggio inoffensivo che si applichino in tutto il mare territoriale di uno Stato o solo a determinate navi, identificate come gruppo (navi di ONG che prestano soccorso) o, peggio ancora, singolarmente (come implicano le notifiche

91. Art. 98, par. 1 CNUDM.

92. Ai sensi del Capitolo V, reg. 33 SOLAS, nonché di numerose norme nazionali, quali ad esempio l'art. 489 cod. nav.

93. Si vedano a tale riguardo le osservazioni scritte del Presidente della Repubblica al momento della promulgazione della legge, che evidenzia come la CNUDM imponga agli Stati parte l'obbligo di esigere che i comandanti prestino soccorso a chiunque si trovi in pericolo in mare.

94. Art. 24, par. 1 CNUDM.

95. Art. 25, par. 3 CNUDM.

previste dall'art. 2 del decreto) costituiscono chiara violazione dell'art. 25, par. 3, CNUDM nonché abuso di diritto, di per sé vietato dall'art. 300 CNUDM.

È opportuno sottolineare come le norme esposte finora non siano isolate, ma vadano lette alla luce di tutte le altre norme rilevanti di diritto del mare e del diritto internazionale, tra cui quelle sull'obbligo di prestare soccorso, sull'obbligo di collaborare a tal fine, sull'obbligo di tutelare i diritti umani e sull'obbligo di garantire i diritti dei rifugiati. Tale lettura sistemica è dettata dalla CNUDM stessa, dal diritto internazionale, e perfino dal decreto, che fa riferimento alla normativa internazionale. Finanche la sospensione del diritto di passaggio inoffensivo conforme ai requisiti dell'art. 25, par. 3 CNUDM potrebbe così essere illecita se venisse a violare, per esempio, i diritti umani. In particolare, e mentre l'analisi che precede è squisitamente tecnica, rilevando semplicemente le difformità tra decreto e diritto internazionale del mare, la compatibilità delle norme in questione con l'ordinamento internazionale dovrà essere valutata anche alla luce della prassi applicativa. Un'applicazione che tenga in debito conto gli obblighi appena menzionati, e che quindi non intralci le attività di soccorso operate da privati che cercano di supplire il vuoto lasciato dagli Stati, pur sollevando alcuni dubbi, potrebbe rivelarsi conforme agli obblighi assunti dall'Italia.

Tuttavia, le prime applicazioni di tali disposizioni sembrano segnalare la volontà dell'esecutivo di accantonare una serie di obblighi giuridici dell'Italia⁹⁶, e di farlo nel modo peggiore, vale a dire prendendo di mira una sola categoria di imbarcazioni, che per di più non compiono attività illecite. Paradossalmente, in base alla prima prassi attuativa, possono entrare nel mare territoriale italiano navi dedite al traffico di esseri umani, di stupefacenti, di armi, navi che utilizzano lavoro forzato a bordo, navi che inquinano l'ambiente marino, ma non navi che prestano soccorso a chi in pericolo. Invece di proteggere lo Stato da attività veramente illecite, ci si accanisce contro chi salva vite umane non tenendo conto dell'evidenza che la Libia non costituisce luogo sicuro⁹⁷. Non solo, obbligare individui soccorsi in alto mare allo sbarco in un luogo non sicuro – come appunto la Libia – può costituire una possibile violazione del principio di non respingimento dello straniero verso un territorio dove la sua vita e libertà sono in pericolo. Un singolo comportamento tenuto dalle autorità statali può quindi comportare la

96. Si vedano a tale riguardo i rilievi contenuti nel decreto cautelare monocratico del Tar Lazio, sez. I-ter, n. 5479/2019, nonché in Procura di Agrigento, decreto di sequestro preventivo di urgenza del 20.8.2019, relativo al sequestro della nave *Open Arms* che ha permesso lo sbarco delle persone soccorse a bordo.

97. Per una recente valutazione della situazione in Libia si veda la sentenza del GIP di Trapani del 23.5.2019. L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24.6.2019, reperibile presso <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6754-la-legittima-difesa-dei-migranti-e-lillegittimita-dei-respingimenti-verso-la-libia-caso-vos-thalassa>.

violazione di obblighi sì appartenenti a regimi diversi del diritto internazionale, ma tutti finalizzati alla effettiva protezione di diritti dell'individuo (in quanto soccorso in mare, migrante o semplicemente essere umano, a seconda del regime di diritto internazionale).

Fortunatamente, il diritto internazionale del mare contiene una soluzione per i casi estremi, vale a dire la possibilità per qualsiasi nave che si trovi in una situazione di pericolo di entrare nei porti di qualsiasi Stato, anche diverso da quello di bandiera, a prescindere dal permesso dato da quest'ultimo. Questa possibilità è fornita da una norma consuetudinaria di diritto internazionale che deroga, in base ai principi dell'umanità, alle norme che permettono allo Stato di respingere chi cerca di attraversare la sua frontiera. Un'eloquente descrizione del contenuto di questa norma era già stata fornita dall'illustre giurista Emer de Vattel 250 anni fa. Dopo aver descritto il diritto di passaggio nel mare territoriale, e aver rilevato come nella pratica gli Stati possano talvolta impedire a navi di entrare e procedere nel loro mare territoriale, egli prosegue dicendo:

«Il n'en est pas de même de cas de nécessité, comme, par exemple, quand un vaisseau est obligé d'entrer dans une rade qui vous appartient, pour se mettre à couvert de la tempête. En ce cas, le droit d'entrer par-tout, en n'y causant point de dommage, ou en le réparant, est, comme nous le ferons voir plus au long, un reste de la communauté primitive, dont aucun homme n'a pu se dépouiller; e le vaisseau entrera légitimement malgré vous, si vous le refusez injustement».

Se uno Stato rifiuta ingiustamente l'ingresso di una nave in situazioni di pericolo, questa può legittimamente entrare nel mare territoriale e nei porti dello Stato al fine di trovare rifugio, malgrado dimostrazioni muscolose dello Stato costiero. E se lo Stato costiero adotta sanzioni contro questa nave, tali sanzioni saranno illecite sul piano internazionale e comporteranno l'obbligo di risarcire qualsiasi danno da esse causato.

La persistente validità di queste norme è stata peraltro confermata dai primi provvedimenti giudiziari relativi ai casi di quest'estate che hanno coinvolto imbarcazioni di organizzazioni non-governative impegnate nel salvataggio di persone in mare. Nell'ordinanza di scarcerazione della comandante della nave *Sea Watch 3*⁹⁸, recentemente confermata dalla Corte di cassazione⁹⁹, il GIP di Agrigento ha confermato la prevalenza della normativa internazionale in materia di soccorso in mare sul decreto sicurezza *bis* e le

98. Tribunale di Agrigento, ordinanza del GIP del 2.7.2019. Sul caso si veda P. Rossi, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6.2019, 5.11.2019; S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Questione Giustizia*, 29.7.2019; P. Oddi, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso Sea Watch 3 (Carola Rackete)*, in *Diritto Penale e Uomo*, 10.7.2019.

99. Alla data in cui si scrive, 16.2.2020, non sono ancora stati resi noti estremi e motivazioni della sentenza in parola.

conseguenti misure amministrative¹⁰⁰. Inoltre, ha ribadito come il dovere di prestare soccorso includa l'obbligo di sbarcare le persone salvate in un porto sicuro¹⁰¹ e ha affermato che l'obbligo di salvare la vita umana in mare costituisce scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p. in quanto adempimento di un dovere¹⁰². Considerazioni analoghe sono state svolte nei provvedimenti che hanno disposto il dissequestro delle navi *Sea Watch 3* e *Mare Jonio*¹⁰³, che contribuiscono così alla formazione di una consolidata giurisprudenza in materia.

5. Conclusioni

Le norme esaminate nei paragrafi precedenti dimostrano come, pur in assenza di un dedicato regime, il diritto internazionale (nelle sue diverse branche) contiene una serie di norme che mirano a bilanciare esigenze di sicurezza dello Stato, con particolare riguardo al proprio territorio e ai propri confini, con esigenze di umanità che vietano di respingere lo straniero che si trovi in situazioni di pericolo.

La compresenza di interessi che appaiono, anche a una analisi superficiale, come contrapposti, è naturale conseguenza di una intrinseca dicotomia del migrante. Infatti, da una parte egli è uno straniero, e come tale può essere oggetto di misure di respingimento adottate da uno Stato in ragione della propria sovranità territoriale; dall'altra parte, però, il migrante è anche una persona, un essere umano, come tale destinataria della tutela offerta dalle norme di diritto dei diritti umani. Tale dicotomia si riverbera quindi nel diritto internazionale, nella dualità dei principi coinvolti in materia di migrazioni: il principio di sovranità statale e il principio di tutela dei diritti umani¹⁰⁴. Il generale potere di cui gli

100. «Ritiene, peraltro, questo giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali normative sopra richiamate [Convenzioni CNUMD, SOLAS e SAR], nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della *Sea Watch 3*, oltre che dalle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di “porti chiusi” o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministro degli interni di concerto con il Ministro della difesa e delle infrastrutture [...] che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave *Sea Watch 3*, nel mare territoriale nazionale».

101. «Giova, a questo punto, precisare che il descritto segmento finale della condotta dell'indagata [ingresso nel porto di Lampedusa e collisione con la motovedetta della Guardia di Finanza] costituisce il prescritto esito dell'adempimento del dovere di soccorso, il quale – si badi bene – non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al più volte citato porto sicuro».

102. «Conclusivamente, la Rackete ha agito conformemente alla previsione di cui all'art. 51 c.p., che esime da pena colui che abbia commesso il fatto per adempiere a un dovere impostogli da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità. Quindi, il parametro normativo al quale riferirsi, sia per individuare il contenuto del dovere, sia per verificare la legittimità dell'ordine impartito, deve essere ricercato nell'ordinamento giuridico italiano [...] e quindi anche nelle norme internazionali che l'ordinamento giuridico incorpora».

103. Si vedano, rispettivamente, Tribunale di Palermo, 19.12.2019 e Tribunale di Palermo, 4.2.2020.

104. M. Iovane, *Conflicts Between State-Centered And Human-Centered International Norms*, in *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena, Springer, 2018.

Stati godono di controllare gli ingressi nel proprio territorio è così mitigato da varie norme relative alla protezione dei diritti umani, tra cui ha particolare rilievo il divieto di respingimento (principio di *non-refoulement*). Queste norme, che sono state formulate avendo in mente situazioni sulla terra¹⁰⁵, sono state successivamente estese grazie all'opera di interpretazione e applicazione dei giudici internazionali, anche agli spazi marini, oggi solcati da diverse rotte migratorie.

Recenti prassi statali che mirano a minimizzare l'impatto dei diritti umani sulla facoltà di respingere, attraverso l'attribuzione di un peso sproporzionato attribuito alla sovranità statale, di fatto minano l'equilibrio raggiunto dalla lettura congiunta dei diritti e obblighi internazionali dello Stato. Esse quindi non solo non perseguono gli obiettivi umanitari che pure caratterizzano la moderna comunità internazionale¹⁰⁶, ma rappresentano anche un attentato alla coerenza e sostenibilità del sistema, generando a loro volta reazioni estreme. Sono quindi da accogliere con particolare favore le recenti pronunce di organi giurisdizionali italiani che mirano a ristabilire l'equilibrio tra il potere del legislatore nazionale e gli impegni assunti a livello internazionale dall'Italia.

Tuttavia, è innegabile che il volume dei flussi migratori contemporanei non sia gestibile facilmente dai Paesi che ne costituiscono meta primaria. Si pensi, ad esempio, agli Stati che costituiscono il confine meridionale della UE, come Italia, Grecia, Spagna. Risposte a tali flussi migratori rispettose del diritto internazionale, in particolare delle norme di diritto dei diritti umani, richiedono pertanto un intervento congiunto da parte della comunità internazionale¹⁰⁷. Questo intervento non deve estendersi solo al coinvolgimento di *stakeholders* non statali (come le ONG), ma anche al coinvolgimento di Stati non immediatamente interessati dalle rotte migratorie. Nell'esempio di cui sopra, gli altri Stati membri della UE. In tale contesto si inserisce la recente dichiarazione di Malta, che sancisce un nuovo accordo di redistribuzione dei migranti tra Italia, Malta, Francia e Germania, nell'ottica di una revisione del Regolamento di Dublino¹⁰⁸. Al di fuori del caso europeo, anche la Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha incentivato la redazione del *Global Compact for Migration*, accordo che sancisce obiettivi circa la gestione del

105. Nonché, per quanto riguarda la Convenzione sullo statuto dei rifugiati, lo scenario internazionale *post* seconda guerra mondiale.

106. Si veda, *ex multis*, A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2015.

107. D. Vitiello, *Il contributo dell'Unione Europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei global compacts*, in questa *Rivista*, n. 3.2018; F. Gatta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2018; G. Cataldi, A. Del Guercio, *I global compact su migranti e rifugiati. Il soft law delle Nazioni Unite tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

108. Il testo della dichiarazione, conclusa il 23.9.2019, è disponibile presso <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/02/03/malta-declaration/>.

fenomeno in maniera tale che la migrazione sia «sicura, ordinata e regolare»¹⁰⁹. La concezione del fenomeno migratorio come evento eccezionale, che richiede misure emergenziali, non rispecchia la realtà; pertanto, la predisposizione di politiche redatte e adottate in maniera corale da Stati e principali attori non statali, che mirino a evitare pericolose rotte migratorie via mare e prontamente intervenire e ridistribuire i migranti eventualmente soccorsi in mare è da incentivare.

In conclusione, il respingimento è soluzione temporanea ed emergenziale, che pur derivando dal potere di sovranità che lo Stato gode sul proprio territorio, è mitigato da una serie di considerazioni di natura umanitaria, derivanti da principi ben consolidati sia del diritto dei rifugiati che dei diritti umani. Il suo uso per colmare l'assenza di coerenti e strutturate politiche migratorie è un uso improprio, che genera problemi giuridici, oltre che morali, sociali ed economici. È quindi quanto mai necessaria la sua ricontestualizzazione nell'ambito delle norme del diritto internazionale, che mirano non solo a garantire gli Stati, ma anche a perseguire gli obiettivi condivisi della comunità internazionale.

109. Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, 2018, A/RES/73/195.