



Il drastico, confuso e contraddittorio intervento in materia di immigrazione posto in essere dalla normativa emergenziale sul Coronavirus

di Paolo Gentilucci *

SOMMARIO: 1. La cornice normativa emergenziale in Italia. – 2. L'incontrollato proliferare dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, dei decreti interministeriali e dei decreti ministeriali. – 3. Il decreto interministeriale in data 7 aprile 2020. – 4. Le convenzioni internazionali in materia e il ruolo delle Ong. – 5. Il possibile contrasto della normativa emergenziale italiana con le convenzioni internazionali e la giurisprudenza. – 6. I possibili risvolti penali per le autorità politiche e quelle amministrative. – 7. Conclusioni.

1. La cornice normativa emergenziale in Italia

Il contagio da “coronavirus”, meglio definito come “Covid-19”, sta flagellando l'intero pianeta, con una ricaduta spaventosa e incontrollabile, oltre che sulla salute dei cittadini di interi continenti, anche sulla realtà economico-sociale, determinando l'adozione di misure straordinarie in

* Viceprefetto a riposo, docente presso la scuola universitaria privata di Scienze Politiche di Taranto. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo (*double blind peer review*); il testo è stato accettato l'8 maggio 2020.



campo sanitario e giuridico, stravolgendo anche i principi costituzionali di vari Stati e finanche l'attuazione delle convenzioni internazionali.

Nel nostro ordinamento giuridico, in questi giorni, viene messo a dura prova il principio sancito dall'art. 32 della Costituzione, in base al quale «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti [...]».

Infatti, il 31 gennaio 2020, il Consiglio dei Ministri ha ufficializzato, nel nostro paese, lo stato di emergenza per sei mesi dalla data del provvedimento, al fine di consentire l'emanazione delle necessarie ordinanze di Protezione civile, in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico; ha deliberato, inoltre, lo stanziamento dei fondi necessari per dare attuazione alle misure precauzionali derivanti dalla dichiarazione di emergenza internazionale effettuata dall'Oms.

A disciplinare la materia nella fase di emergenza è intervenuto, a seguito dei decreti legge n. 6/2020 e n. 11/2020 e dei dd.P.C.M. in data 4 marzo 2020, 8 marzo 2020 e 11 marzo 2020, anche il decreto-legge del 17 marzo 2020, n. 18, (c.d. decreto "Cura Italia"), convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che ha previsto nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in tutti i settori, anche nel settore previdenziale.

Successivamente, a regolamentare la normativa emergenziale, è stato emesso il d.P.C.M. in data 22 marzo 2020, pubblicato nella G.U. n. 76 in pari data, che ha fornito ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, e ha impartito disposizioni innovative in ordine ai poteri del Prefetto, ampliandoli in maniera significativa.



Nel tentativo, poi, di semplificare la normativa emergenziale e cercare di dare una veste costituzionale ai precedenti provvedimenti normativi, è intervenuto il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020.

In primo luogo tale provvedimento ha precisato che possono essere adottate, una o più misure, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili più volte fino al 31 luglio 2020. Si è disciplinata, così, la vorticoso e discutibile legiferazione incontrollata da parte dell'esecutivo.

Successivamente, con i dd.P.C.M. in data 1°, 10 e 26 aprile 2020, tra l'altro, le misure emergenziali sono state prorogate al 17 maggio 2020.

Da ultimo, con il decreto legge n.28 in data 30 aprile 2020, sono state disposte «misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazione di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».

2. L'incontrollato proliferare dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, dei decreti interministeriali e dei decreti ministeriali

Come noto, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, i decreti interministeriali e i decreti ministeriali sono atti amministrativi che non costituiscono una fonte del diritto autonoma, sono disciplinati dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n.400 e non possono essere esercitati in difetto di una specifica attribuzione di rango primario, ossia di legge ordinaria.

Pertanto, tale tipologia di regolamenti non possono derogare, quanto al contenuto, né alla Costituzione, né alle leggi ordinarie sovraordinate.



Per lo stesso motivo, le norme regolamentari non possono avere ad oggetto incriminazioni penali, stante la riserva assoluta di legge che vige in detta materia (art. 25 Cost.).

Quando l'organo emanante è il Presidente del Consiglio dei Ministri, il potere in questione è attribuito nell'ambito delle funzioni di coordinamento e indirizzo politico. In ogni caso tali decreti sono di solito generali e astratti, in quanto contengono norme di dettaglio, o generiche, ma relative a uno specifico argomento finalizzate all'attuazione di una data norma di legge.

Di regola il decreto è sempre prescritto dalla legge, che, dopo aver delineato i principi di una data materia (ad esempio, nel caso in esame, quella sanitaria), ne affida l'esatta definizione tecnica e attuazione ai citati organi costituzione.

Nella fattispecie in argomento tale tipologia di decreto dovrebbe farsi rientrare tra quelli attuativi e integrativi, che non si limitano a dare esecuzione a norme contenute nella fonte sovraordinata (legge, decreto legislativo), ma hanno contenuto innovativo, assicurando l'applicazione e l'integrazione delle leggi, ancorché nei limiti della disciplina da esse prefissata (art. 17, comma 1, lett. b), legge n. 400/1988). Le citate leggi sovraordinate in materia di Coronavirus, per l'aspetto ivi considerato, sono i decreti-legge n. 6/2020, n. 11/2020, n. 19/2020, la legge n. 27/2020 e il decreto-legge n. 28 in data 30 aprile 2020.

Pertanto, il provvedimento in questione potrebbe farsi rientrare nei decreti ministeriali *di natura non regolamentare* che si innestano nell'ormai caotico sistema delle fonti del diritto caratterizzato da una sempre più evidente tipicità (cfr. Genna 2011).



La congruità di tali decreti, che potrebbero definirsi *asistematici*, spesso prescelti per l'esercizio del potere normativo del Governo in funzione della disciplina attuativa di un ambito di intervento legislativo (come nel caso in esame), avviene sulla base dell'uso flessibile e talvolta patologico delle fonti (cfr., da ultimo, Moscarini 2008; Tarli Barbieri 2002 e 2008: 25-27; Paladin 1996).

Quindi, in tale disordinato assetto, l'imporsi sulla scena delle fonti di tale tipologia di decreto, evidenzia da un lato la tendenza ad affidare sempre più spesso ambiti di disciplina alle fonti secondarie (il decreto legge, in sostituzione della legge ordinaria, le ordinanze di protezione civile invece del decreto legge, gli atti amministrativi generali che vanno oltre i regolamenti *stricto sensu* (Lorello 2011, 5); dall'altro, i mutamenti nell'assetto del rapporto Parlamento-Governo, con una sempre maggiore invadenza dell'esercizio della funzione legislativa da parte dell'esecutivo (Modugno 2000).

Tali decreti sono definiti «atti amministrativi privi di forma regolamentare, tuttavia abilitati a derogare alla legge e stabilire regole innovative, i quali non possono non destare perplessità sul piano della legalità e della legittimità costituzionale»; essi possono alterare il principio di separazione dei poteri, dando vita all'esercizio sempre più frequente della funzione legislativa da parte dell'amministrazione (Piergigli 2009, 77).

La difficoltà di distinguere i regolamenti dagli atti amministrativi generali, basandosi soltanto su criteri sostanziali, ha indotto il legislatore a emanare il sopracitato art. 17 della legge n. 400/1988, la cui procedura è stata spesso aggirata violando lo spirito della riforma del Titolo V della Costituzione, art. 117, comma 6, che riconosce il potere regolamentare del Governo (Romano 2006).



Le principali problematiche riguardano in primo luogo la loro normatività, in quanto ci si chiede fino a che punto sia legittimo attribuire contenuti di tipo normativo ad atti che dal punto di vista formale sono amministrativi e che sul piano pratico vengono adottati o per eludere l'art. 117, comma 6, della Costituzione oppure per aggirare il procedimento di adozione dei regolamenti (Tarli Barbieri 2008, 43).

In secondo luogo si pone il problema del controllo della validità di questi atti.

La legge, che autorizza espressamente l'adozione di questi atti in deroga all'art. 17 della citata legge n. 400/1988 (nel caso in esame i decreti-legge e la legge citati), infatti, dovrebbe essere oggetto di sindacato costituzionale per eccesso di potere legislativo, quest'ultimo «riconcucibile ad uno sviamento della funzione tipica della legge, che diventa strumento di illecita elusione delle competenze costituzionalmente assegnate» (Moscarini 2008).

Il decreto, invece, «potrebbe essere impugnato in sede di conflitto tra Stato e Regioni, nonché in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, disapplicato dal giudice ordinario ove contrario alla legge o alla Costituzione, annullato dal giudice amministrativo nella sede del sindacato di annullamento, non propriamente adatto al controllo di validità degli atti normativi» (*ibidem*).

Infine, dal punto di vista pratico, si osserva che la prassi dei decreti di natura *non regolamentare* realizza concretamente non tanto una delegificazione della materia quanto «una flessione patologica della normatività a favore dell'*amministrativizzazione* della legge».



La disposizione di cui al più volte citato art. 17 della legge n. 400/1988, ritenuta fragile per la sua natura di legge ordinaria, potrebbe trovare, secondo una parte della dottrina, il suo fondamento nella sussistenza di un principio costituzionale implicito, che, come tale, dovrebbe costituire sufficiente vincolo per ottenere il rispetto dei limiti della potestà regolamentare. Sulla base di tale principio, la legge potrebbe attribuire ad altre autorità, potestà amministrative subordinate alle leggi, purchè tutti i tipi di atti amministrativi siano elencati in una legge generale, non derogabile caso per caso neppure da successive leggi particolari e alcun contenuto normativo venga ammesso se non introdotto con uno di tali atti normativi. Se, inoltre, la Corte costituzionale condividesse l'esistenza e la portata di tale principio, almeno implicitamente, si potrebbe sostenere che quella legge generale già esiste, ed è proprio l'art. 17 della menzionata legge n. 440/1988 che enumera tutti i regolamenti statali possibili; sicchè qualunque contenuto normativo subordinato alla legge o sarebbe introdotto con uno di tali regolamenti seguendo le prescrizioni ivi previste o sarebbe illegittimo (Catelani 2010).

In realtà, si ritiene che attraverso l'uso dei regolamenti di cui trattasi, si possa produrre la violazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988, il cui ambito di applicazione può anche ritenersi ridimensionato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 117, comma 6, della Costituzione, ma non certamente abrogato, determinandosi, così, un *vulnus* dei limiti costituzionali delle competenze (Moscarini 2008).

Un primo sgarbo istituzionale, nella materia emergenziale in esame, si è avuto, ad esempio, con il rinvio all'art. 650 del codice penale operato in precedenza dall'art. 4 del d.P.C.M. 8 marzo 2020, che al secondo comma recitava: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'art. 650 del



codice penale, come previsto dall'art. 3, comma 4, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6».

Per effetto di questa disposizione, tutti gli *obblighi* contenuti nel provvedimento risultavano sanzionati con il reato contravvenzionale *ex art.* 650 del codice penale, mentre per le numerose *raccomandazioni* ivi previste il medesimo testo non prevedeva sanzioni.

Ricompreso nel Libro III («Delle contravvenzioni in particolare»), Titolo I, Capo I, Sezione I («Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica»), l'art. 650 statuisce che «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro».

A queste violazioni si devono aggiungere le sanzioni per le ipotesi di dichiarazioni mendaci a pubblico ufficiale previste dall'art. 76 del d.P.R. n. 445/2000, che richiama i reati di falso, anche commessi ai danni di pubblici ufficiali, nonché dagli articoli 483 e 495 del codice penale.

Tale sistema sanzionatorio è stato, però, rivoluzionato e corretto dall'art. 4 del citato decreto-legge n. 19/2020, che al primo comma ha statuito: «Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'art. 1, comma 2, individuate ed applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2, comma 2, individuate ed applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2, comma 1, ovvero dell'art. 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'art. 650 del codice penale o di ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui



all'art. 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo».

In tal modo lo *pseudo* legislatore, resosi conto dell'evidente violazione della normativa costituzionale e dell'abnorme portata dell'avvio di migliaia di procedimenti penali che avrebbero intasato le procure della repubblica e della scarsa efficacia deterrente delle stesse, ha previsto un meccanismo sanzionatorio molto più efficace e legittimo.

Le violazioni sono accertate ai sensi della legge n. 689/1981, la legge cardine del sistema amministrativo punitivo, e le sanzioni per le violazioni delle misure di cui all'art. 2, comma 1, sono irrogate dal Prefetto o dalle autorità che le hanno disposte.

In caso di reiterata violazione della medesima disposizione, la sanzione amministrativa è raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima.

Prosegue il comma 6, disponendo: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'art. 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

Tale norma prevede che «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda *da lire duecento a quattromila*. Se il fatto è commesso da una persona che esercita una professione o un'arte sanitaria la pena è aumentata».

Siamo in presenza di una fattispecie di difficile accertamento e superabile con una (falsa) autocertificazione, perché la citata violazione concerne



il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla quarantena a persone risultate positive al *virus*.

Il riferimento, poi, all'art. 452 c.p. («Delitti colposi contro la salute pubblica», che prevede la reclusione da uno a cinque anni nei casi di epidemia e di avvelenamento di acque e sostanze elementari) richiederà il difficile accertamento in giudizio dell'elemento psicologico del reato.

Un altro dubbio sulla decretazione di cui trattasi concerne la possibile violazione dell'art. 41 Cost. che sancisce: «L'iniziativa economica privata è libera [...]». Pertanto, far discendere una limitazione di tale libertà così rilevante nel nostro ordinamento giuridico a provvedimenti amministrativi del Prefetto dall'art. 1, lettere d), f), g) e h) del d.P.C.M. in data 22 marzo 2020 desta non poche perplessità (Gentilucci 2020 c).

3. Il decreto interministeriale in data 7 aprile 2020

Il fenomeno delle migrazioni ha ormai una dimensione planetaria indiscutibile.

La sua origine deriva da due ragioni: la prima, economica, attribuibile ai grandi progressi realizzati nei settori delle comunicazioni e dei trasporti (globalizzazione) che ha creato un mercato mondiale dove circolano liberamente merci, servizi e capitali, alimentando squilibri territoriali e compromissioni ambientali unitamente a processi locali di decollo economico. L'altra ragione, di natura politica, è attribuibile alla divisione dell'umanità in Stati che con i loro governi e sistemi di potere contribuiscono agli squilibri mondiali in vario modo: con regimi dittatoriali e lesivi



dei diritti umani e democratici, conflitti armati, conflitti economici, conteste su sfere di influenza, alimentazione di conflitti etnici e religiosi, politiche strutturali interne poco efficaci.

Rifugiati, profughi, migranti forzati sono, pertanto, persone che fuggono in cerca di protezione, dopo essere state costrette ad abbandonare, da un giorno all'altro, tutta la loro normalità. Arrivano dopo aver lasciato alle spalle tutto: affetti, lavoro, amici e un Paese in cui non potranno forse mai più ritornare (Gentilucci 2020 b).

Ci sono molte definizioni di rifugiato.

Secondo la convenzione di Ginevra stilata dagli Stati membri delle Nazioni Unite subito dopo la Seconda Guerra Mondiale e oggi meglio conosciuta come Convenzione Onu del 1951, un rifugiato è colui che «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese».

Pertanto, uno dei principi essenziali della convenzione di Ginevra è il principio di non respingimento (*non-refoulement*): una persona che chiede protezione non può essere in nessun caso respinta verso luoghi dove la sua libertà e la sua vita sarebbero minacciati.

L'importanza del divieto di rinviare un rifugiato verso un luogo a rischio di persecuzione è reso palese dal fatto che l'art. 33 della convenzione di Ginevra non può essere sottoposto ad alcuna riserva, come stabilito dall'art. 42 della stessa (Finocchi Gherzi 2011; Furlan 2006).

Lo stesso principio è riaffermato da diverse convenzioni internazionali concernenti i diritti umani; un esempio di conferma diretta del principio di *non-refoulement* è la convenzione contro la tortura del 1984, mentre una



riaffermazione indiretta dello stesso principio è contenuta nell'art. 3 della Cedu il quale implicitamente richiama l'art. 33 della convenzione di Ginevra.

Il principio di *non-refoulement* non si applica solo ai rifugiati riconosciuti, ma anche a quei richiedenti asilo che siano in attesa della decisione finale sul loro *status* e che quindi potrebbero essere riconosciuti rifugiati. E ciò perché il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha natura dichiarativa e non costitutiva (Paccione 2014).

A questo punto si pone il problema se, al fine dell'applicazione di questo principio, il soggetto debba aver oltrepassato i confini nazionali ovvero se il divieto di respingimento sia applicabile anche al di fuori delle frontiere e soprattutto in acque internazionali.

A tale riguardo, è opportuno sottolineare come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Cedu), con sentenza del 23 febbraio 2012, ha posto una pietra miliare in tema di respingimenti in acque internazionali. Il ricorso ipotizzava la violazione da parte dell'Italia degli artt. 3 e 13 della Convenzione europea dei diritti umani e dell'art. 4 del Protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione stessa. La Corte ha riconosciuto l'esercizio della giurisdizione italiana nel caso di specie, anche se le operazioni di soccorso e poi di respingimento sono avvenute al di fuori del suo territorio, in acque internazionali (cfr. la sentenza del 23 febbraio 2012 con cui la Grande Camera della Corte europea, nel caso *Hirsi Jamaa* e altri, ha condannato all'unanimità l'Italia per violazione dell'art. 3 (doppia), dell'art. 4 Protocollo n. 4, nonché dell'art. 13, in collegamento con i due articoli precedenti, della Cedu).

Le argomentazioni della sentenza si sono riportate a quanto disposto dal codice della navigazione italiano, oltre che al diritto internazionale, i



quali riconoscono che alle navi militari in alto mare si applica la giurisdizione dello Stato della bandiera. La Corte in questo senso ha riconosciuto un esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale facendo rientrare i fatti all'origine delle violazioni dedotte nella giurisdizione dell'Italia ai sensi dell'art. 1 della Cedu sotto due profili: per aver esposto i ricorrenti al rischio di trattamenti inumani o degradanti in Libia e per aver esposto i ricorrenti al rischio di essere rinviiati nei rispettivi paesi. La conclusione più innovativa, però, è quella relativa alla violazione dell'art. 4 del protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che proibisce le espulsioni collettive di cittadini stranieri.

Il diritto d'asilo, inoltre, è espressamente previsto dalla Costituzione italiana, all'art. 10 che recita: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Inoltre, l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani dispone che «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona». Questa norma riconosce un carattere prioritario al diritto alla vita che si identifica con la persona umana e ha un valore assoluto.

Pertanto, il fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare impone la necessità di fornire delle risposte precise e adeguate rispetto all'esigenza di salvaguardare la vita in mare.

In data 7 aprile 2020 con decreto interministeriale n. 150 del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute è stato disposto all'art. 1 che «Per l'intero periodo di



durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus Covid-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di Place of Safety (*luogo sicuro*), in virtù di quanto previsto dalla convenzione di Amburgo, sulla ricerca e il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana».

4. Le convenzioni internazionali in materia e il ruolo delle Ong

Come noto, la convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (nota anche come Sar, acronimo di *search and rescue*), siglata ad Amburgo il 27 aprile 1979 ed entrata in vigore il 22 giugno 1985, è un accordo internazionale elaborato dall'Organizzazione marittima internazionale (Imo), volto a tutelare la sicurezza della navigazione mercantile, con esplicito riferimento al soccorso marittimo. Essa è stata modificata due volte, la prima volta nel 1998 con la risoluzione Msc.70 e la seconda volta nel 2004 con la risoluzione Msc.155 (78); successivamente l'Imo, in collaborazione con l'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (Icao), ha predisposto il Manuale internazionale di ricerca e soccorso aereo marittimo, noto come manuale Iasmarr (*International Aeronautical and Maritime Search and Rescue Manual*).

In Italia a essere investito per legge delle funzioni Sar in mare è il Corpo delle Capitanerie di porto, il quale, pur essendo uno dei corpi specialistici della Marina militare italiana, svolge compiti relativi agli usi civili del mare con funzioni amministrativo-burocratiche, di polizia giudiziaria e di guardia costiera.



Nell'ambito della funzione di ricerca e soccorso, il suo braccio operativo, ovvero la Guardia costiera, svolge la funzione di coordinamento generale dei servizi di soccorso marittimo ed è l'organo competente per l'esercizio delle funzioni di ricerca e salvataggio in mare, di disciplina, monitoraggio e controllo del traffico navale, di sicurezza della navigazione e del trasporto marittimo, nonché delle relative attività di vigilanza e controllo.

Il regolamento di attuazione della Convenzione di Amburgo (d.P.R. 28 settembre 1994, n. 662), è il documento di coordinamento in materia di ricerca e soccorso in mare. Esso dispone l'organizzazione del sistema di soccorso secondo precisi criteri aderenti alla normativa internazionale. In questo assetto, il Comando generale del corpo delle Capitanerie di porto, attraverso la propria centrale operativa, ha assunto le funzioni di *Italian Maritime Resue Coordination Centre* con l'acronimo Imrcc (Centro nazionale di coordinamento del soccorso marittimo). L'Imrcc, in tale veste, assume il coordinamento delle operazioni di soccorso in mare nell'area marittima Sar di competenza italiana, mantenendo collegamenti internazionali con gli omologhi Stati in caso di soccorso in favore dei mezzi e cittadini italiani; analogamente, è incaricato del soccorso a mezzi e persone straniere nelle acque italiane. In questo ambito le direzioni marittime, con le loro sale operative, assumono le funzioni di centri secondari di soccorso marittimo (Mrsc) e assicurano il coordinamento delle operazioni Sar nelle aeree di loro competenza, secondo i piani di soccorso o in base alle deleghe dell'Imrcc¹.

¹ Cfr. il testo *Convenzione di Amburgo e aeree SAR*, ancora leggibile al sito <https://web.archive.org/web/20170509050143/http://www.cisom.org/cisom-e-corpi-di-soccorso.html>.



Già dall'esame di questa normativa si intravedono le responsabilità che potrebbero derivare alla Guardia costiera dall'applicazione del citato decreto interministeriale.

Pertanto, l'obbligo per gli Stati di garantire la sicurezza a mare discende dalla convenzione Solas (acronimo di *Safety of life at sea*), dalla citata convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio, adottata ad Amburgo nel 1979 e dalla menzionata convenzione del diritto del mare del 1982 (Cnudm).

Tali convenzioni riflettono il diritto consuetudinario per quanto riguarda gli obblighi del salvataggio, secondo principi – risalenti anche alle tradizioni di solidarietà marinara – la cui tradizione inizia nel secolo scorso.

L'evoluzione di tale principio generale si è avuta con l'art. 98, § 1, della Cnudm che così dispone:

1. Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o suoi passeggeri:

a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo;

b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa;

c) presti soccorso, in caso di collisione, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata e qual è il porto più vicino presso cui fare scalo.



La Cnudm, nella parte in cui prevede che le navi prestino soccorso, fa riferimento all'esigenza che il soccorso sia celere. Altra condizione rilevante, stabilita dalla stessa norma, è che il comandante della nave, che ha avuto notizia del sinistro, sia obbligato a intervenire solo se tale operazione possa essere condotta senza un «pericolo grave per la nave, l'equipaggio ed i passeggeri». Tale situazione di pericolo ben difficilmente potrebbe verificarsi per le navi della Capitaneria di porto.

La Cnudm, al § 2 dell'art. 98, tiene conto delle nuove responsabilità in materia di Sar imposte agli Stati dalla convenzione di Amburgo 1979, affermando che «Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali».

Lo Stato che ha deciso di fornire servizi Sar in *un'area specifica* deve utilizzare risorse adeguate, sia pubbliche che private, per fornire assistenza a colui che è in situazione di pericolo, indipendentemente dallo status personale o dalle circostanze specifiche del naufrago.

Nel caso invece, come accade in Italia in conseguenza della tradizione pubblicistica, in cui lo Stato assegna al servizio Sar risorse in termini di uomini e mezzi, l'utilizzo di assetti privati, è subordinato e condizionato alla indisponibilità di mezzi pubblici.

È da sottolineare che il nostro codice della navigazione, già nel 1942, aveva accolto e regolamentato in modo sistematico gli aspetti penalistici della violazione degli obblighi di soccorso e salvataggio in capo ai soggetti pubblici e privati, recependo i principi stabiliti dalla convenzione di Bruxelles del 1910.



Le fasce di mare, individuate come Sar, rientrano nella responsabilità dello Stato costiero e devono sottostare al controllo e al potere di intervento di ogni singolo Stato (*cf.*, tra le tante, Castellaneta 2014, 2015 a e b, 2016; Iuzzolini 2010; La Spina 2011; Liguori 2010).

Fermo restando l'obbligo più generale, di natura consuetudinaria, di assistere in qualsiasi area marittima le persone in difficoltà – che incombe su tutti i comandanti di nave – l'obbligo di intervenire in soccorso, stabilito dal nostro codice della navigazione, andrebbe interpretato, secondo una dottrina (Leanza e Caffio 2015), prendendo in considerazione l'istituto delle zone Sar come aeree di responsabilità nazionale.

In sostanza, mentre il primo riguarda l'assistenza in mare da parte di chi sia presente o prossimo alla scena dell'evento, il secondo attiene a una prestazione più complessa che implica, anzitutto, la ricerca della nave in pericolo e conseguentemente il salvataggio degli eventuali naufraghi.

Sempre secondo la citata dottrina, si deve trattare di imbarcazione idonea alla navigazione secondo gli *standard* internazionali e non alle imbarcazioni trasportanti i migranti, che nella gran parte dei casi sono *unsafe*, cioè prive dei requisiti di navigabilità secondo la Solas.

Tale interpretazione appare quantomeno discutibile anche alla luce delle decisioni giurisprudenziali che verranno esaminate di seguito.

Preliminarmente, va ricordato che la convenzione di Amburgo non precisa quali debbano essere i limiti spaziali delle zone Sar, pur ponendo in risalto, in linea con la Cnudm, che deve esservi un rapporto tra l'estensione delle zone Sar e le capacità dei servizi Sar del paese responsabile.

Esaminando la zona Sar italiana, stabilita dal menzionato d.P.R. n. 662/1994, si rileva che i limiti degli spazi marittimi di responsabilità nazionale, siano ragionevolmente vicini alla costa con distanze che oscillano



da qualche decina di miglia da Lampedusa e da circa un centinaio di miglia dalle coste siciliane. In sostanza, l'estensione della Sar italiana consente ai mezzi pubblici di soccorso, nel caso di richiesta di assistenza di un'imbarcazione trasportante migranti le cui condizioni di navigabilità non siano conosciute, di intervenire in tempo per accertare la situazione e prestare eventuale soccorso.

Qualora, invece, tale richiesta venga avanzata alle autorità italiane all'interno della Sar di un altro paese (per esempio, Malta o Tunisia), si applicano i principi della convenzione di Amburgo secondo i quali scatta l'obbligo di cooperazione che può portare o all'intervento dello Stato responsabile della Sar o, nel caso questo lo richieda, all'azione dei mezzi coordinati delle autorità italiane.

Per i profili di interesse è chiaro, quindi, che un'eventuale omissione di soccorso penalmente rilevante si prospetta diversamente a seconda che si verta nella prima fase – in cui le autorità italiane hanno richiesto l'intervento dello Stato competente – ovvero si tratti della fase successiva in cui la richiesta di intervento sia stata girata a quelle italiane per impossibilità o incapacità dello Stato responsabile della Sar a far fronte all'emergenza. Si pensi, ad esempio, al caso di Malta che in varie occasioni ha dichiarato la propria indisponibilità, a volte anche a distanza di ore dalla segnalazione italiana. Solo di recente la cooperazione Sar con tale Stato è stata formalizzata in un accordo.

Per quanto concerne la Libia, interessata da lotte intestine tra due fazioni, solo sopite dall'avvento del *Coronavirus*, lo Stato non ha mai proceduto in passato ad istituzionalizzare i propri servizi di assistenza Sar, se non di recente con due *memorandum* con l'Italia, il secondo dei quali ancora non sottoscritto.



Secondo la citata dottrina, nessuna norma italiana, ovvero pattizia, configurerebbe l'ipotetica Sar libica come un'area di responsabilità italiana, né primaria né secondaria, in relazione alla mancanza di contiguità che sarebbe interrotta dalla vasta Sar maltese che si estende sino a Creta.

Pertanto, un'eventuale richiesta di soccorso da parte di imbarcazioni che si trovano all'interno dell'ipotetica Sar libica (i cui confini si deducono *a contrario* da quelli delle Sar frontiste come depositati all'Imo) le quali siano in *distress* (situazione nella quale vi sia una ragionevole certezza che l'imbarcazione o le persone si trovino in un grave e imminente pericolo e richieda un'un'immediata assistenza) ovvero soltanto in cattive condizioni di navigabilità, dovrebbe essere perciò configurata, alla luce dell'art. 98, § 1, della Cnudm, come una prestazione di assistenza non sistematica, ma meramente eventuale che incombe a tutte le navi in navigazione in qualsiasi spazio marittimo.

Anche su tale conclusione, si nutrono perplessità per le ragioni che di seguito verranno esplicitate.

Ai fini della configurazione dell'omissione di soccorso si dovrebbe, pertanto, ritenere che le responsabilità sarebbero ipotizzabili nei seguenti casi:

- 1) non intervento di navi le quali siano a conoscenza della situazione (anche a seguito di *warning* emanato dalle autorità italiane) e siano in condizioni di intervenire in tempo utile in ragione della distanza e della velocità e non sussistano condizioni ostative attinenti alla sicurezza della navigazione e delle persone che sono a bordo nonché alla tipologia di navi, sprovviste di spazi per ospitare le persone salvate o addirittura pericolose nei confronti dei migranti da trasportare (condizioni queste non verificabili nel caso di navi della capitaneria di porto);



2) mancata emissione di *warning* ai mercantili in transito da parte delle autorità Sar italiane.

Per completezza di analisi, e per delineare un'eventuale responsabilità penale nei confronti delle autorità italiane, meritano un cenno le Ong, «associazioni transnazionali private, senza scopo di lucro, che, tramite un apparato organico stabile, perseguono fini altruistici in maniera pacifica» (cfr. Tramontana 2013).

In primo luogo, nella produzione delle norme internazionali, esse danno un contributo diretto, uno indiretto ed uno autonomo. Il primo coincide con il coinvolgimento delle organizzazioni non governative nella redazione dei testi di trattati e atti giuridicamente non vincolanti; il secondo comprende tutte le attività di natura informale mediante cui le stesse sono in grado di influenzare lo svolgimento e gli esiti dei negoziati per l'elaborazione di tali strumenti; il terzo, invece, consiste nell'elaborazione di *standard* internazionali di condotta nella forma di principi, linee guida o codici (Tramontana 2013, 103 ss.).

Nella prassi si sono distinti casi in cui la partecipazione delle Ong si è basata sul possesso di competenze specifiche nella materia oggetto dei lavori e casi in cui si è basata sull'idoneità a rappresentare interessi rilevanti.

Tuttavia, l'unico mezzo per verificare che vi sia osservanza a essi è dare un'informativa diffusa al pubblico in modo da recare pregiudizio agli attori che pongano in essere condotte contrastanti e indurli a uniformarsi ai medesimi. Infatti, tali strumenti possono acquisire valore giuridico sul piano dell'ordinamento internazionale solo se incorporati nel testo di trattati o qualora siano supportati da una prassi costante e uniforme degli Stati e da una corrispondente *opinio juris*.



Per quanto concerne il ruolo delle Ong nell'accertamento delle norme internazionali, il contributo diretto coincide con l'esercizio di un vero e proprio diritto di ricorso individuale; attualmente gli unici organi giurisdizionali presso cui le Ong sono titolari del suddetto diritto sono la Corte europea dei diritti umani, la Corte africana dei diritti umani e dei popoli e la Corte di giustizia dell'Unione europea (Tramontana 2013, 145).

Inoltre, con riferimento al ruolo delle Ong nel controllo e nella promozione dell'osservanza delle norme internazionali, la prassi negli ultimi anni ha evidenziato una progressiva apertura dei meccanismi di monitoraggio del rispetto delle norme internazionali. Questo si è verificato principalmente nei settori della tutela dei diritti umani e della protezione dell'ambiente nei quali è stato sollecitato il controllo e promozione del diritto internazionale e l'osservanza degli obblighi internazionali da parte degli Stati (Tramontana 2013, 191 ss.).

Il contributo si concretizza nella possibilità di attivare, su propria iniziativa, meccanismi internazionali di controllo. All'interno di tale tipologia di azione, si distinguono casi in cui le Ong possono agire soltanto a condizione di dimostrare un interesse specifico a ricorrere, circostanze in cui la legittimazione a ricorrere è subordinata al possesso di una specifica *expertise* nel settore interessato ed infine ipotesi in cui le Organizzazioni possono attivare procedimenti internazionali di controllo in base ad un generale interesse all'attuazione obiettiva del diritto.

Il contributo indiretto si esplica in attività strumentali all'operare di procedure di controllo sul rispetto del diritto internazionale, che non coincidono con il potere di attivazione delle medesime. Tali attività, in buona sostanza, vengono poste in essere in due modalità differenti: tramite procedure periodiche o tramite procedure *ad hoc*.



Il contributo autonomo delle Ong al controllo e alla promozione dell'osservanza delle norme internazionali, si realizza con attività di indagine e documentazione sull'esistenza di violazioni dei diritti internazionali, che sono poi denunciate e rese pubbliche mediante la pubblicazione di rapporti.

Infine, le attività delle Ong nella protezione dei diritti umani si sostanzia in una serie di attività, suddivisibili in: *agenda-setting*; contributo alla redazione di norme internazionali; analisi e accertamento di fatti; testimonianza, denuncia o mobilitazione; solidarietà internazionale e supporto nei confronti di soggetti schierati a difesa dei diritti umani; apporto di competenze specifiche; mantenimento di un sistema politico aperto (*ex multis*, Hobe 2010; Castellaneta 2011; Scovazzi 2011; Sgueo 2008).

5. Il possibile contrasto della normativa emergenziale italiana con le convenzioni internazionali e la giurisprudenza

In primo luogo, si ritiene che il citato decreto interministeriale contenga un'interpretazione di *luogo sicuro* non coerente con le convenzioni internazionali, compresa quella di Amburgo e con le ultime pronunce della Cassazione. In conseguenza, il provvedimento ministeriale non sarebbe in linea con le disposizioni della citata convenzione di Amburgo, così come sopra descritta, la Convenzione europea dei diritti umani, la convenzione di Ginevra, la convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay, in particolare l'art. 19, sino ai recenti decreti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19. Si tratta di conven-



zioni «che antepongono il diritto alla vita, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, il principio di *non-refoulement* e il diritto di chiedere asilo in frontiere». Quindi la citazione potrebbe essere fuori luogo e si configura solo come un'ipocrita espediente per giustificare un provvedimento che non trova fondamento nel diritto internazionale (Vassallo Paleologo e Puglia 2020).

Tra le convenzioni citate dal decreto vi è, in particolare, la convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, di cui viene menzionata solo la prima parte dell'art. 19; in essa è previsto che un paese può qualificare come offensivo il passaggio di una nave nelle proprie acque territoriali, ma non la seconda parte della norma che, invece, prevede che non possa considerarsi offensivo il passaggio di una nave che abbia fatto un soccorso in acque territoriali; e, soprattutto, viene formalmente indicata, ma non presa in considerazione, la convenzione di Amburgo. Infatti, come sopra descritto, questa ribadisce l'obbligo degli Stati al completamento delle operazioni di soccorso, ovunque siano cominciate, non solo nella zona Sar italiana, e comunque di concedere un porto di sbarco, fermo poi il diritto degli Stati di espellere gli immigrati irregolari e di valutare dal punto di vista della responsabilità penale le posizioni dell'equipaggio e del comandante della nave.

A questa linea interpretativa si collega la sentenza della Corte di cassazione del 20 febbraio 2020 di cui si farà cenno, che dà una definizione di porto sicuro diversa da quella indicata nel decreto interministeriale, non giustificabile neanche dallo stato di emergenza adottato dal Governo in data 31 gennaio 2020.



La definizione di Pos (*place of safety*, luogo sicuro di sbarco), infatti, è fissata dalle citate convenzioni internazionali e quindi, un'autorità amministrativa non può adottare una disposizione in contrasto con le stesse convenzioni internazionali, recepite di recente dalla Corte di cassazione. Il *luogo sicuro* deve, infatti, garantire oltre la sicurezza fisica della persona, compresa quella sanitaria, anche l'accesso ai diritti e la possibilità di esercitare tutti i diritti fondamentali, quali il diritto d'asilo e il diritto di fare ricorso avverso un provvedimento di espulsione. Ovviamente dovrebbero essere applicati tutti i protocolli sanitari necessari.

Anche altra recente dottrina (Pelliconi 2020) pone seri dubbi sulla necessità e la proporzionalità della misura adottata. Oltre al citato diritto internazionale, anche il diritto costituzionale richiede l'adozione di decreti di emergenza solo in casi straordinari di necessità e urgenza, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza.

Infatti, gli obiettivi del decreto sarebbero tre: evitare nuovi contagi, preservare il sistema sanitario nazionale e proteggere la salute dei migranti. Per quanto concerne i primi due obiettivi il decreto non sembra essere strettamente necessario, in quanto è improbabile che ulteriori sbarchi compromettano la funzionalità delle strutture sanitarie nazionali, considerato l'esiguo numero di contagiati. Alla data del 10 aprile, dopo l'imposizione del divieto, un solo migrante era risultato positivo al contagio.

Inoltre, gli obiettivi di salute pubblica potrebbero essere raggiunti in modo più efficace con misure meno restrittive, e cioè con procedure di quarantena e controlli sanitari, come di fatto sta avvenendo in questi giorni in occasione dei numerosi sbarchi che il decreto non è riuscito a impedire. Per converso, i soccorsi delle Ong facilitano i controlli medici e



riducono gli sbarchi indipendenti, che stanno già sfuggendo ai controlli delle autorità.

Infine, il decreto si applicherebbe solo alle navi battenti bandiera straniera; se l'Italia non può essere considerato luogo sicuro, ciò dovrebbe applicarsi anche nei confronti degli sbarchi assistiti dalle forze di polizia italiana e degli sbarchi autonomi. La premessa del decreto è che «l'assistenza e il salvataggio da attuare nel "porto sicuro" possono essere assicurati dal paese di bandiera». In realtà, è impossibile presumere in anticipo la sicurezza dei porti stranieri, in quanto la valutazione del porto più sicuro deve essere effettuata caso per caso, anche perché non è presumibile in anticipo che la nave soccorritrice disponga di risorse sufficienti per raggiungere il paese di bandiera.

Pertanto, è molto probabile che una volta adottato un provvedimento di divieto d'ingresso da parte del Prefetto territorialmente competente seguiranno i conseguenti ricorsi giurisdizionali.

6. I possibili risvolti penali per le autorità politiche e quelle amministrative

È necessario anche esaminare i possibili risvolti penali che saranno originati dall'attuazione del decreto in argomento.

Nel caso della nave "Gregoretti" (cfr. Gentilucci 2020 a), la Procura di Catania aveva aperto un'inchiesta per sequestro di persona e, il 21 settembre 2019, il Pm aveva avanzato richiesta motivata di archiviazione. In tale richiesta si evidenziava che «l'attesa di tre giorni non può considerarsi



una illegittima privazione della libertà visto che le limitazioni sono proseguite nell'*hotspot* di Pozzallo» e che «manca un obbligo per lo Stato di uno sbarco immediato». Inoltre, osservava il Pm, che «le direttive politiche erano cambiate e dal 28 novembre il Viminale aveva espresso la volontà di assegnare il Pos e di farlo in tempi brevi», giustificando i tempi amministrativi per attuare lo sbarco dei migranti «con la volontà del ministro Salvini di ottenere una redistribuzione in sede europea». Inoltre sulla nave «sono stati garantiti assistenza medica, viveri e beni di prima necessità» e «lo sbarco immediato di malati e minorenni».

Ma il Tribunale dei ministri di Catania, a inizio di dicembre, ha chiesto al Senato l'autorizzazione a procedere perché l'ex ministro avrebbe «abusato dei poteri e privato della libertà personale i 131 migranti bloccati a bordo della nave Gregoretta della Guardia costiera italiana dalle ore 00.35 del 27 luglio 2019 fino al pomeriggio del 31 luglio successivo», quando è arrivato il via libera allo sbarco nel porto di Augusta.

Lo stesso Tribunale contestava al ministro di avere anche «determinato consapevolmente l'illegittima privazione della libertà personale dei migranti costretti a rimanere in condizioni psicofisiche critiche sulla nave». E ancora, «non c'era alcun interesse pubblico o rischio per l'ordine pubblico che potesse giustificare la decisione di impedire lo sbarco dei 131 migranti che dal 25 al 31 luglio 2019 sono rimasti a bordo della nave della Guardia costiera. Situazione aggravata ulteriormente, tra le altre cose, dalla presenza di minori non accompagnati e dal fatto che si trattava di un'imbarcazione militare, quindi, non soggetta alle nuove direttive previste dai Decreti Sicurezza».

Lo scorso 20 gennaio la Giunta per le immunità del Senato ha votato sì all'autorizzazione a procedere nei confronti dell'ex ministro dell'Interno



e il 12 febbraio 2020 il consesso ha accolto la richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dello stesso ministro che è indagato per sequestro di persona, aggravato per avere commesso il fatto con la qualifica di pubblico ufficiale, dall'abuso dei poteri inerenti le funzioni esercitate, nonché per avere commesso il fatto anche in danno di soggetti minori d'età. L'udienza dinanzi al Gup è stata fissata per il prossimo 4 luglio.

Le accuse all'ex ministro sono di estrema gravità ed è, pertanto, necessaria un'analisi compiuta, sulla base dei dati normativi, delle eventuali responsabilità che potrebbero derivare ai ministri firmatari del decreto di cui trattasi nel caso, come sembra, le navi della Capitaneria di porto accoglieranno i migranti per un tempo indeterminato per attuare un'assistenza sanitaria, in attesa di destinarli a porti sicuri.

Per l'art. 605 del codice penale:

Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni.

La pena è della reclusione da uno a dieci anni se il fatto è commesso:

- 1) in danno di un ascendente, di un discendente o in danno del coniuge;
- 2) da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni.

Se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione da tre a dodici anni. Se il fatto è commesso in presenza di talune delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni.

Se il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato si applica la pena dell'ergastolo.



Le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera concretamente:

- 1) affinché il minore riacquisti la propria libertà;
- 2) per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati;
- 3) per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore».

Nella fattispecie, quindi, potrebbe essere presente l'elemento materiale del reato e cioè la privazione della libertà personale; infatti «l'elemento oggettivo previsto dall'art. 605 cod. pen. consiste nella privazione della libertà personale della vittima, intesa come libertà di movimento, mentre sono irrilevanti il suo grado di privazione, la durata di questa ed i mezzi usati per imporla»². Ma anche l'elemento soggettivo del reato «L'elemento psicologico del reato di sequestro di persona si concreta nel dolo generico e cioè nella volontà, cosciente e libera, dell'agente di menomare l'altrui libertà di movimento, senza che occorra alcun fine specifico»³.

Ulteriori considerazioni ci vengono suggerite dall'ordinanza del Gip di Agrigento in data 2 luglio 2019, confermata di recente dalla Suprema Corte di Cassazione, a proposito del caso analogo della nave "Sea Watch 3" che, il giorno 29 giugno 2019, decideva di entrare nel porto di Lampedusa per far sbarcare alcuni migranti che aveva precedentemente soccorso. Alla luce di quanto sopra, la comandante della nave, Carola Rac-

² Cfr., tra le tante, Cass., sez. I pen., n. 7460 del 15 settembre 1983.

³ Cfr., tra le tante, Cass., sez. V pen., n. 9437 dell'11 novembre 1983.



kete, veniva tratta in arresto dalle forze dell'ordine per aver opposto resistenza alla nave della Guardia di Finanza. Il Gip non convalidava l'arresto della citata comandante, ritenendo non integrato il reato di cui all'art. 1100 del codice della navigazione e scriminato, *ex art.* 51 c.p., il reato di cui all'art. 337 c.p. Per giungere a tale conclusione, il Gip richiamava in modo sintetico, ma puntuale, una serie di norme internazionali, citando tra l'altro la convenzione di Montego Bay del 1982 e la più volte citata convenzione di Amburgo, dalle quali discende, per qualsiasi convoglio marittimo, l'obbligo di prestare soccorso a soggetti in stato di pericolo o perché naufraghi o perché viaggianti su imbarcazioni evidentemente inadeguate al loro trasporto sicuro.

Tale analisi potrebbe far propendere per una responsabilità penale dei ministri interessati al decreto interministeriale in argomento. Però, deve anche rilevarsi che, secondo una parte della giurisprudenza «Il reato di sequestro di persona richiede, sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza di infliggere alla vittima una illegittima privazione della libertà personale. Ne consegue che deve escludersi la configurabilità del suddetto reato allorché la privazione della libertà costituisca il risultato di una condotta che, sebbene oggettivamente illegittima, sia contrassegnata soggettivamente dalla finalità di realizzare l'esercizio di un potere del quale l'agente sia legittimamente investito e non si caratterizzi come comportamento privo di ogni legame con l'attività istituzionale»⁴.

Quindi, al di là di generiche affermazioni sulla necessità di tutelare la salute dei cittadini, potrebbero sussistere nella fattispecie disposti norma-

⁴ Cass., sez. VI pen., n. 502 del 10 gennaio 2003.



tivi che hanno fatto venir meno l'elemento soggettivo del reato, soprattutto con riferimento al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni e integrazioni, al decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con legge 8 agosto 2019, n. 77, e al decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132.

Particolare rilevanza per il caso in esame assume la citata legge n. 77/2019, contenente disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica.

L'art. 1 ha introdotto un comma 1-ter all'art. 11 del citato decreto legislativo n. 286/1998, in base al quale il Ministro dell'interno, in quanto Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 1 della legge n. 121/1981, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzino le condizioni di cui all'art. 19, par. 2, lett. g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689.

Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei Ministri.

Analoghe riflessioni si impongono nel caso in esame. Tuttavia, indipendentemente dall'adozione formale del citato provvedimento, la citata procedura non è irrilevante, al fine dell'attenuazione della responsabilità



penale nei confronti dei quattro ministri nell'eventuale instaurazione di un procedimento penale, quantomeno sotto il profilo di una *culpa in vigilando*.

Dal tenore letterale della norma si evince che non dovrebbe sussistere discrezionalità in capo al Ministro dell'interno nel caso siano sorti motivi di ordine e sicurezza pubblica, sempre che siano stati rispettati gli obblighi internazionali assunti dall'Italia, con la conseguente limitazione della propria sovranità nel mare territoriale.

Si ritiene che, in conformità a buona parte della dottrina, per individuare questi limiti sarebbe necessario definire la partecipazione dell'Italia all'ordinamento internazionale, cosa quasi impossibile, in assenza di ogni collaborazione degli altri Stati coinvolti nelle dinamiche dei flussi migratori dai territori africani. Non si può sottacere, d'altro canto, la necessità di tutelare il diritto alla vita e il dovere del soccorso in mare, in attuazione della citata normativa di diritto internazionale.

Ma su altri due punti, non sviscerati dalla dottrina, è necessario soffermarsi.

In primo luogo, lo scrivente intende richiamare l'attenzione sulla norma di cui all'art. 4 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che dispone: «Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare, ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti [...]».

Il comma 2 dello stesso articolo precisa che «Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che



impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati».

Pertanto, la responsabilità della decisione di cui trattasi potrebbe ricadere anche sui competenti dirigenti, cui successivamente si farà cenno.

Solo a livello teorico e per attenuare l'eventuale responsabilità penale dei ministri firmatari del provvedimento, si sottolinea un altro aspetto, non considerato dalla dottrina, che riguarda l'applicabilità nella fattispecie dell'art. 51 c.p., che così recita: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della Pubblica Autorità esclude la punibilità».

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

Risponde del reato, altresì, chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

Quindi, l'ordine illegittimo non ha efficacia scriminante in sole due ipotesi:

1) errore di fatto sulla legittimità, che esclude la punibilità quando il soggetto abbia creduto per errore di obbedire ad un ordine legittimo;

2) errore insindacabile, quando il soggetto agente non può in alcun modo contestare l'ordine, dato che alla mancata obbedienza seguirebbe una sanzione.



In tale ultima ipotesi, tuttavia, la causa di giustificazione non opera quando l'ordine sia affetto da manifesta criminalità.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha precisato, più volte, il venir meno della causa di giustificazione per un pubblico ufficiale: ha deciso, per esempio, che «La causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere è inapplicabile, anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 66 del 2010 – c.d. codice dell'ordinamento militare che ha abrogato la legge n. 182 del 1978 – al militare che adempia ad un ordine impartitogli da un superiore gerarchico e la cui esecuzione costituisca manifestamente reato»⁵; «Non è applicabile la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere nel caso in cui il militare abbia agito in esecuzione di un ordine impartitogli dal superiore gerarchico, avente ad oggetto la commissione di un reato, in quanto, per scriminare, l'ordine deve attenere al servizio e non eccedere i compiti di istituto; in tal caso non solo il militare di grado inferiore può opporre legittimamente il rifiuto, ma ha anche il dovere di non darvi esecuzione e di avvisare immediatamente i superiori [...]»⁶.

Nella fattispecie in esame potrebbe quindi configurarsi anche una responsabilità penale per i Prefetti territorialmente interessati, per il Comandante generale della Guardia costiera e per il Comandante della nave della Capitaneria di porto intervenuta in soccorso per garantire assistenza sanitaria ai migranti.

Un caso analogo, ma con alcune rilevanti diversità, si è verificato per la vicenda della nave spagnola "Open Arms" che nel mese di agosto 2019

⁵ Cass., sez. III pen., n. 18896 del 15 maggio 2011.

⁶ Cass., sez. V pen., n. 6064 dell'11 febbraio 2009.



soccorse 164 migranti, tra cui numerosi minori non accompagnati, in attesa dal 14 agosto sino all'esecuzione del sequestro preventivo, in data 20 agosto, di ottenere un porto sicuro.

Questo caso si presenta più complesso, come ha riconosciuto lo stesso Presidente della Giunta per le autorizzazioni a procedere del Senato. Infatti, nella fattispecie vi è una richiesta di autorizzazione a procedere della Procura della Repubblica di Agrigento per sequestro di persona e omissione di atti d'ufficio, trasmessa per competenza a quella di Palermo, diretta anche nei confronti del Capo di gabinetto del Ministro dell'interno, presumibilmente sulla base delle argomentazioni da me sopra esplicitate, è intervenuta una sentenza del Tar Lazio a favore del Comandante della nave, è stato emesso un provvedimento di sequestro della Procura di Agrigento che sbloccò la situazione e, inoltre, non si trattava di nave militare.

Va, altresì, sottolineato che, in caso di condanna, i ministri coinvolti potrebbero rischiare, ai sensi del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (c.d. legge Severino), la sospensione da ogni incarico per un massimo di diciotto mesi, mentre in caso di condanna definitiva il rischio sarebbe quello della decadenza dalla carica politica.

Dallo scorso mese di settembre il fenomeno degli sbarchi è ripreso in maniera consistente e, secondo una stima dell'Unhcr, nell'anno 2020 dovrebbe subire un incremento di ben oltre il 20%, nonostante il diffondersi del contagio del *virus* da Covid-19, come testimoniano le cronache di questi giorni.

Per affrontare tale problematica, non può considerarsi risolutiva l'emanazione del citato decreto interministeriale del 7 aprile 2020, ma sarà necessaria una previgente politica governativa, con il coinvolgimento degli



altri paesi dell'Ue, già sapientemente avviata dal ministro dell'interno Lamorgese, la quale potrà razionalizzare il flusso dei migranti, certamente destinato ad incrementare ulteriormente nei prossimi anni. Anche la stipula del *memorandum* proposto di recente alla Libia dal Governo italiano, che prevede una maggiore collaborazione tra i due governi ed un trattamento più umano dei migranti racchiusi nei centri di raccolta libici, costituisce un passo importante per il regolamento dei flussi migratori e per un trattamento più dignitoso di persone in fuga dalla guerra e da condizioni di vita disumane.

7. Conclusioni

Certamente la disposizione in argomento incide sulle convenzioni internazionali e sul nostro sistema giuridico e sociale, già messo continuamente in pericolo dai nuovi strumenti normativi adottati nell'attuale fase emergenziale.

Pertanto, si rende necessario il bilanciamento con gli altri diritti inviolabili dei cittadini, italiani e stranieri. Quando si parla, infatti, di diritti inderogabili, ci si riferisce ai diritti che hanno un nucleo incompressibile qualunque siano le circostanze del caso concreto e che non tollerano un bilanciamento neanche per la salvaguardia di altri rilevanti interessi. Tra questi certamente si deve considerare il diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost. e il diritto al trattamento umano sancito dagli artt. 2, 10 e 27, comma 3, Cost. Alle previsioni della nostra carta costituzionale devono aggiungersi quelle contenute nelle convenzioni internazionali e in quella europea dei diritti umani – al cui rispetto il nostro ordinamento è tenuto



in forza dell'art. 117 della Costituzione – che parimenti qualificano come inderogabili il divieto di trattamenti inumani (art. 3) e la protezione della vita e dell'integrità fisica. Si tratta di previsioni alle quali la Convenzione europea accorda una tutela assoluta, poiché - secondo quanto previsto dall'art. 15 della stessa Cedu – ad esse non si può derogare nemmeno «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione».

Per tali ragioni, anche di fronte ad uno *tsunami* imprevedibile e di tali dimensioni, dalle conseguenze non ancora definibili, dovrà necessariamente tenersi conto degli elementari principi internazionali e costituzionali in materia e, soprattutto, di quello del diritto ad un trattamento umano degli immigrati, sancito dalla nostra Costituzione e dalla normativa internazionale sopra citata, seguito a ruota da quello primario del buon senso istituzionale, spesso umiliato dalla presunta legislazione emergenziale.



Bibliografia

Castellaneta, M. (2011), *Le organizzazioni internazionali non governative* in F. Preite (dir.), *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale*, vol. 2 (*Diritto internazionale privato*).

Castellaneta, M. (2014), *Traffico di migranti: sì alla giurisdizione italiana anche se abbandonati in alto mare*, in www.marinacastellaneta.it, 30 marzo.

Castellaneta, M. (2015 a), *Traffico di esseri umani: giurisdizione italiana anche se il naufragio avviene in acque internazionali*, in www.marinacastellaneta.it, 11 febbraio.

Castellaneta, M. (2015 b), *Le risposte sbagliate dell'Europa e dell'Italia alla tragedia dei migranti*, in www.marinacastellaneta.it, 21 aprile.

Castellaneta, M. (2016), *Giurisdizione italiana anche se il soccorso avviene in acque internazionali*, in www.marinacastellaneta.it, 2 maggio.

Catelani, E. (2010), *La legge delega n.69 del 2009 e il progetto di codice del processo amministrativo. Contenuti e limiti della delega legislativa* in *Osservatorio sulle fonti*, 1.

Finocchi Gherzi, R. (2011), *Il diritto di asilo in Italia e in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, p. 917 ss.

Furlan, S. (2006), *Diritto di asilo in base all'art. 10, terzo comma, Cost. e status di rifugiato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, p. 1092 ss.

Genna, A.A. (2011), *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3.

Gentilucci, P. (2020 a), *Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti. Una bussola per i futuri governi*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2, 28 febbraio.

Gentilucci, P. (2020 b), *Le migrazioni forzate*, in *Lo Jonio*, 128, pp. 22-24.



Gentilucci, P. (2020 c), *I poteri del Prefetto di cui al decreto legge n. 18/2020*, in *Diritto e Giustizia*, 26 marzo.

Hobe, S. (2010), *Non-Governmental Organizations*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

Iuzzolini, L. (2010), *I respingimenti in mare tra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale*, in *I diritti dell'uomo*, 2, pp. 65-70.

La Spina, M.P. (2011), *Obbligo di soccorso o favoreggiamento di immigrazione clandestina?*, in *Giureta - Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, IX, pp. 509-513.

Leanza, U., F. Caffio (2015), *L'applicazione della Convenzione di Amburgo del 1979 sul Sar*, reperibile in https://www.comune.modena.it/europe-direct/pdf/materiali_locandine/fabio-caffio-1/sar-marittimo-leanza-caffio.pdf.

Liguori, A. (2010), *I respingimenti in mare e il diritto internazionale*, in *Europeanrights.eu*, 22 novembre.

Lorello, L. (2011), *La giurisprudenza del Comitato per la legislazione in materia di delegificazione e di potere regolamentare del Governo. Il rilievo "esterno" delle sue determinazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3.

Modugno, F. (2000), *Trasformazioni della funzione legislative. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano: Giuffrè.

Moscarini, A. (2008), *Sui decreti del governo di "natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, pp. 5075-5108 (anticipato sul sito dell'Aic).

Paccione, G. (2014), *Il principio di non refoulement e la deterritorializzazione del controllo della frontiera marittima*, in *Diritto.it*, 4 dicembre.

Paladin, L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna: il Mulino.



Pelliconi, A.M. (2020), *Covid-19:Italy is not a “place of safety” anymore. Is the decision to close italian ports compliant with human rights obligations?*, in *EJIL:Talk!*, 23 aprile.

Piergigli, V. (2009), *Le regole della produzione normativa*, Torino: Giappichelli.

Romano, M.C. (2006), *Atti amministrativi generali* (voce), in S. Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano: Giuffrè, pp. 500-501.

Scovazzi, T. (2011), *Organizzazioni internazionali non governative* (voce), in *Enciclopedia del diritto. Annali*, IV, 829 ss.

Sgueo, G. (2008), *L’attività delle ONG presso il Consiglio d’Europa*, in *Diritto.it*, 16 ottobre.

Tarli Barbieri, G. (2002), *Appunti sul potere regolamentare delle regioni nel processo di riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2, pp. 417-491.

Tarli Barbieri, G. (2008), *Appunti sulle fonti del diritto. Parte generale*, Torino: Giappichelli.

Tramontana, E. (2013), *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, Padova: Cedam.

Vassallo Paleologo, F., A. Puglia (2020), *Porti chiusi alle ONG, per questo bastava Salvini*, in *Vita.it*, 9 aprile.



Abstract

The Drastic, Confused and Contradictory Intervention About Immigration Implemented by the Covid-19 Emergency Regulation

The essay examines the controversial emergency intervention put in place by the interministerial decree on April 7, 2020. After a brief excursus on the emergency legislation and a nod on the constitutional legitimacy of the copious decrees enacted by the executive, the paper focuses on the aforementioned provision. With this decree, the Italian ports were basically closed. The contrast of this legislation with international conventions and with the jurisprudence recently formed on the occasion of similar regulatory provisions is highlighted.

Keywords: Emergency Regulations; Interministerial Decree of 7 April 2020; International Conventions; Law; Immigration; Covid-19.