

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 6 • 2019

ISSN 2465-0927

I “Decreti sicurezza” e il diritto internazionale
L'ergastolo ostativo davanti alla Corte EDU
Il parere della Corte EDU sulla maternità surrogata
Interventi di Diritto internazionale pubblico
Interventi di Diritto internazionale privato
Interventi di Diritto dell'Unione europea

Navigare fra istanze “stato-centriche” e “cosmopolitiche”: il caso “Sea Watch” in una prospettiva conflittuale

PASQUALE DE SENA (*)

MASSIMO STARITA (**)

1. Il caso della “Sea-Watch” ([Gradoni e Pasquet](#)) pone una questione di grande importanza dal punto di vista teorico per il diritto internazionale.

Si tratta del conflitto fra due modi di interpretare il funzionamento delle norme internazionali in gioco, che potremmo sinteticamente denominare prospettiva “stato-centrica” e prospettiva “cosmopolitica”.

Per prospettiva “stato-centrica” intendiamo qui una duplice propensione, espressa da un certo numero di Governi; duplice, perché consistente, non solo nello spogliarsi delle responsabilità concernenti il rispetto di diritti individuali, *ma anche nel negare che di tali responsabilità possano farsi direttamente carico*

(*) Università Cattolica, Milano (membro della Redazione).

(**) Università degli Studi di Palermo.

soggetti non statali.

Per prospettiva “cosmopolitica”, intendiamo invece l’atteggiamento specularmente opposto, assunto dai soggetti non statali coinvolti; e cioè, la propensione a farsi carico dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, e *a realizzarne la protezione, in quanto interesse collettivo giuridicamente rilevante, anche in contrasto con Governi nazionali.*

I. Stato-centrismo

2. Come emerge la prospettiva “stato-centrica”, sul piano del diritto internazionale, nel caso “Sea-Watch”? Al di là dell’adozione del [decreto Salvini-bis](#) e della sua concreta attuazione, si tratta anzitutto della [rivendicazione](#), da parte italiana, di una completa assenza di responsabilità nella vicenda, in nome della esclusiva giurisdizione dell’Olanda sull’imbarcazione.

Questa rivendicazione trova, in verità, solo parziale riscontro nel diritto del mare, dato che in ogni vicenda SAR gli Stati coinvolti sono sempre più d’uno e le convenzioni in vigore impongono obblighi a carico dei diversi Stati riguardo alla nave soccorritrice (v. [De Vittor e Starita](#); [lettera di 21 docenti di diritto internazionale al Corriere della Sera](#)); ma, soprattutto, essa non è necessariamente in linea né con le norme internazionali sui diritti dell’uomo, né con quelle sulla protezione dei rifugiati.

In base alle *prime* è evidente infatti che la giurisdizione relativa a fatti potenzialmente lesivi dei diritti in questione, non coincide, per l’appunto, necessariamente, con quella dello Stato di bandiera dell’imbarcazione, se solo si pensa alle decisioni rese dalla Corte europea nei casi [Medvedyev](#), [Hirsi](#) e [Women on Waves](#) in relazione ad imbarcazioni in acque internazionali (e se solo si considera che – nel nostro caso – una nave militare

aveva notificato un provvedimento governativo di divieto di accesso alle acque territoriali, poi confermato da una [decisione](#) del TAR Lazio). Di questa circostanza, del resto, non era probabilmente inconsapevole lo stesso governo italiano, visto che il decreto *Salvini-bis* (sul quale v. [Papanicolopulu](#) e [Zaniboni](#)), pur prevedendo la potestà del Ministro dell'interno di disporre un divieto di accesso al mare territoriale nei confronti di navi che si trovino in acque internazionali, non procede, contestualmente, alla *formale* istituzione della zona contigua, ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Montego Bay. Istituzione, quest'ultima, che, se per un verso avrebbe offerto una legittimazione solida a tale potestà, sul piano del diritto del mare ([De Sena](#) e [Cataldi](#)), avrebbe, per altro verso, verosimilmente attratto *ipso facto* nella giurisdizione italiana – sul piano della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – la responsabilità della tutela dei diritti fondamentali delle persone a bordo della Sea-Watch...

Venendo poi alle norme internazionali sui rifugiati, in particolare al principio di “*non-refoulement*” ([art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951](#), pacificamente ritenuto corrispondente al diritto consuetudinario), basta qui ricordare che non è idoneo ad escludere un respingimento illegittimo di uno o più rifugiati il fatto che questi “bussino” alla frontiera di uno Stato da un'imbarcazione che batta la bandiera di un altro. Insomma: la loro situazione, in un caso simile, non può essere equiparata a quella in cui essi si troverebbero, ove *già* fossero sul territorio di uno Stato diverso dal loro, dal momento che la nave privata non può considerarsi territorio dello Stato di cui batta la bandiera (da ultimo: [Zamuner](#), p. 64 ss). A ciò può aggiungersi che la portata extraterritoriale del principio del *non-refoulement* si trova oggi espressamente riconosciuta nel quadro delle Nazioni Unite ([UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Con-](#)

vention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol).

3. Che l'affermazione della giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera esprima un'attitudine marcatamente "stato-centrica" affiora, poi, anche da un'altra circostanza. Se, infatti, la preoccupazione retrostante a tale affermazione avesse avuto ad oggetto i diritti delle persone sulla "Sea-Watch", essa si sarebbe dovuta verosimilmente esprimere nella minaccia dell'azionamento di un ricorso interstatale, da parte dell'Italia, ai sensi dell'[articolo 33](#) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o, quantomeno, del meccanismo di soluzione delle controversie UNCLOS (per violazione dell'art. [98.2](#), alla luce delle Convenzioni SAR e SOLAS, sulle quali, v. ancora [Papanicolopulu](#)). È facile osservare, però, che di simili minacce non vi è traccia nelle dichiarazioni ufficiali adottate da parte italiana (al riguardo, v. anche *infra*).

Ciò si spiega peraltro chiaramente, se si tiene presente che l'esigenza di fondo della condotta italiana è stata, nel caso di specie, quella di imputare all'Olanda, non solo e non tanto la responsabilità dell'assistenza da prestare alle persone a bordo della "Sea-Watch", quanto quella di provvedere alla loro allocazione in quanto migranti (v. ancora [qui](#)).

4. D'altra parte, vi è da aggiungere che all'atteggiamento tenuto da parte italiana fa riscontro **quello adottato dalle autorità governative olandesi**. Queste ultime hanno analogamente dimostrato di non essere particolarmente preoccupate del rispetto dei diritti fondamentali delle persone a bordo della "Sea-Watch". Nella [risposta](#) della Segretaria di Stato per l'immigrazione alla sollecitazione rivolta dal Ministro italiano dell'interno, ci si preoccupa esclusivamente di chiarire che l'Olanda non è tenuta ad accogliere i migranti, pur essendo Stato della bandiera di "Sea-Watch", non senza aver affermato che

il soccorso avrebbe dovuto tradursi nel trasbordo dei migranti in Libia o in Tunisia. E ciò, si badi bene, **senza tenere in alcun conto la circostanza che la Libia fosse stata dichiarata porto non sicuro dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa** (v. oggi, in senso del tutto analogo, la [Dichiarazione congiunta di UNHCR e OIM del 12 luglio 2019](#)), che alla medesima conclusione fosse già giunto anche il [Ministro degli Esteri italiano](#); e che dubbi gravi sussistessero sulla stessa idoneità della [Tunisia](#) a fungere da porto sicuro.

5. Ad ulteriore testimonianza della propensione “stato-centrica” dei principali attori del caso in questione, sta poi il fatto che tanto le autorità italiane quanto le autorità olandesi hanno manifestato una chiara, simmetrica sottovalutazione del carattere umanitario – e dunque non reciproco – degli obblighi di soccorso, scaturenti dall’insieme delle fonti internazionali rilevanti. Per quanto concerne le autorità olandesi, la circostanza è di palmare evidenza, se solo si considera la loro completa inerzia, sia dinanzi al divieto di accesso al mare territoriale italiano, sia dinanzi alle successive, esplicite dichiarazioni italiane di non voler consentire l’approdo – neppure temporaneo e provvisorio – dell’imbarcazione, poi penetrata nelle acque territoriali italiane. Da parte delle autorità italiane un simile atteggiamento si è espresso con l’astensione, anzi con l’opposizione, rispetto ad ogni azione diretta a garantire lo sbarco delle persone a bordo della nave, ad eccezione di quelle ricoverate a causa della loro situazione di vulnerabilità. L’atteggiamento in questione – peraltro legittimato sul piano interno dal decreto *Salvini-bis* (debolmente, come risulta, per ora, dall’[ordinanza](#) di non convalida dell’arresto della comandante della “Sea-Watch”) – è stato giustificato essenzialmente sulla base del fatto che la responsabilità delle persone a bordo spettasse alle autorità olandesi, come detto poco sopra. Ebbene, è agevole osservare, per entrambe “le parti in causa”, che la cir-

costanza che la “controparte” non provvedesse all’esecuzione dei propri obblighi non giustifica per nulla l’inadempimento, se si considera, per l’appunto, il carattere “non reciproco” di tali obblighi, sia dal punto di vista delle (loro) fonti convenzionali (art. 60, par. 5, della [Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati](#)), sia sul piano del diritto internazionale generale (al riguardo, v. gli studi, ormai classici, di [Picone](#)).

6. Al di là della convergenza in tal modo dimostrata da Italia e Olanda, va aggiunto, infine, che una marcata attitudine “stato-centrica” affiora pure dalla “[Comunicación](#)” del 27 giugno scorso, adottata dal Direttore generale della Marina mercantile del Ministero spagnolo per lo sviluppo. Atto, quest’ultimo, con cui, pur non disponendosi un divieto di accesso al mare territoriale spagnolo del tipo di quello consentito in Italia, si stabilisce il principio che non sono consentite attività di soccorso a imbarcazioni private, se non sotto lo stretto coordinamento delle autorità dello Stato titolare della zona SAR. La conformità di tale principio alla Convenzione SAR del ’79 è peraltro del tutto dubbia, dal momento che, com’è noto, detta Convenzione istituisce uno spazio di mare nel quale lo Stato costiero non gode di diritti o poteri esclusivi, ma, piuttosto, assume obblighi di carattere umanitario.

II. *Cosmopolitismo*

7. Il “cosmopolitismo” delle ONG presenta due principali elementi. Il primo risiede nella prospettiva a partire dalla quale il tema dei soccorsi in mare è affrontato. *Sea-Watch*, *Mediterranea* e le altre ONG in prima linea nel Mediterraneo esprimono un’istanza di carattere umanitario non mediata dalla considerazione di interessi particolari di singoli Stati. Da questo punto di vista, esse introducono nel dibattito pubblico un punto di vista che nessun governo (e forse nessuna forza politica statale) è in

grado di rappresentare nella sua “purezza”. Si tratta, peraltro, di una caratteristica tipica delle ONG quali attori o partecipanti della vita – anche giuridica – internazionale, da tempo messa in luce dalla dottrina internazionalistica (su questo aspetto del cosmopolitismo delle ONG insistono soprattutto i teorici del diritto costituzionale globale; v. per tutti [Peters](#)).

La prospettiva cosmopolitica si accompagna però, nelle vicende recenti che hanno avuto luogo nel Mediterraneo, ad un secondo elemento, consistente nella rivendicazione da parte delle ONG di poteri di *enforcement* delle norme internazionali in materia di soccorso in mare, come emerge chiaramente, oltre che dai fatti, anche dalle dichiarazioni di diversi loro rappresentanti (v. solo a titolo di esempio il [comunicato stampa](#) di Sea-Watch del 29 giugno 2019 dove si rivendica che la comandante Rackete «**enforced the rights of the rescued people to be disembarked to a place of safety**»).

Non che sia una novità il ruolo di primo piano svolto dalle ONG nel quadro delle relazioni internazionali. Così come non lo è il loro coinvolgimento nel funzionamento delle più importanti organizzazioni internazionali e nelle stesse dinamiche dell’ordinamento, anche mediante iniziative di carattere autonomo (v. in questo senso [Tramontana](#)). Siamo peraltro in presenza di un salto di qualità, che può essere apprezzato almeno da due punti di vista.

8. In *primo* luogo, mentre finora le ONG hanno rivendicato diritti di partecipazione alle procedure di produzione e applicazione delle norme internazionali, diritti del resto ormai da tempo ad esse riconosciuti (v. Iovane, “La participation de la société civile à l’élaboration et à l’application du droit international de l’environnement”, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 465 ss.), questa volta siamo in presenza

di **un'attività di attuazione unilaterale e diretta**: le ONG, con le loro navi, si posizionano sulle rotte dove più di frequente avvengono i naufragi e, in caso di avvistamento o ricezione di un segnale di soccorso, si dirigono verso il luogo dell'evento e provvedono alle attività di *rescue* così come disciplinate dalle convenzioni internazionali, per poi richiedere allo Stato costiero competente in base alla Convenzione di Amburgo un porto sicuro per lo sbarco.

In *secondo* luogo, mentre le forme di partecipazione delle ONG alle dinamiche dell'ordinamento internazionale finora studiate consistono in una serie di meccanismi introdotti dagli Stati e che questi ultimi non hanno mai finora ripudiato (diritti di ricorso a organismi internazionali di controllo, diritti di consultazione in sede di elaborazione di standard, di applicazione di norme, ecc.), le attività di soccorso in attuazione delle norme internazionali sono invece svolte dalle ONG **contro la volontà di una parte almeno dei governi direttamente coinvolti** e, talvolta, anche di quelli degli Stati di bandiera (per tale ragione in questa ipotesi non vale l'avvertimento, che pure in altre situazioni coglie nel segno, secondo cui dietro le ONG si muovono spesso gli Stati, configurandosi le prime, in realtà, come una *longa manus* dei soliti, vecchi, soggetti dell'ordinamento). Secondo questi Governi, solo gli Stati potrebbero svolgere attività di *search and rescue*, anche perché solo gli Stati possono esercitarle tenendo conto di altre esigenze pubbliche, come quella di combattere l'immigrazione clandestina. Le ONG si sarebbero appropriate, insomma, di una funzione per sua natura statale, almeno nell'attuale assetto politico e giuridico del mondo, basato sulla sua divisione tra Stati sovrani. Il contrasto è reso emblematico dall'anatema di "pirati", ripetutamente lanciato nei confronti delle ONG, che evoca nell'immaginario collettivo l'idea di comportamenti illeciti tanto gravi da legittimare il potere di qualunque Stato di punirli (nettamente respinta

da [Villani](#)).

9. Ma è davvero una simile rivendicazione inammissibile dal punto di vista del diritto internazionale? Comporta davvero una rottura dei fondamenti di questo ordinamento? Costituisce davvero un attentato a (un “esproprio” di) diritti sovrani degli Stati? In realtà, la questione è sì tragica per chi si trova in mare, ma assai meno per la sovranità statale.

È vero che le norme sul dovere di soccorso non assegnano espressamente alle ONG una funzione di “pattugliamento umanitario” dei mari al fine di prevenire i disastri e intervenire rapidamente, come talvolta si fa notare. Ciò non toglie, peraltro, che una simile funzione sia quantomeno lecita dal punto di vista del diritto internazionale. Ciò almeno per quattro ragioni.

La *prima* è che tale funzione di *enforcement* del dovere internazionale di soccorso, ancorché non espressamente prevista dalle convenzioni che lo disciplinano, poggia su queste ultime, trovando in esse, e dunque nella volontà degli Stati, un aggancio determinante quando se ne valuti la liceità. La maggior parte di queste convenzioni si indirizza infatti ai comandanti delle navi, e cioè a dei soggetti privati, al pari delle ONG. Gli Stati, infatti, una volta riconosciuta, a partire dall’inizio del novecento, l’esigenza di proteggere la vita umana in mare, si trovavano nell’impossibilità di attuare direttamente tale protezione attraverso le proprie navi, se non in minima parte. Ciò per varie concorrenti ragioni, di cui due principali: una giuridica, il regime di libertà dei mari, una di fatto, dato che a solcare i mari erano (e restano) soprattutto i privati ([Starita](#)).

In *secondo* luogo, la funzione di soccorso delle ONG si è sviluppata in una situazione di vuoto istituzionale, poiché gli Stati che si affacciano sul Mediterraneo, che, in quanto destinatari di

specifici obblighi di ricerca e salvataggio, avrebbero dovuto attivarsi di fronte alla crisi delle migrazioni via mare, non lo hanno fatto o hanno smesso di farlo. Le ONG hanno in altri termini agito in sostituzione degli Stati per la protezione di un valore comune ([Papanicolopulu](#)).

In *terzo* luogo, i giudici italiani hanno finora confermato la legittimità delle attività svolte dalle ONG, ricorrendo al dovere internazionale di soccorso come scriminante di pretesi illeciti penali (nel solco di una giurisprudenza costante v., da ultimo, Tribunale di Agrigento, uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, citata *supra*).

In *quarto* luogo, tali attività si svolgono in spazi sottratti per definizione alla sovranità statale e costituiscono pertanto una forma di esercizio della libertà di navigazione tipica degli spazi medesimi, una libertà che, come chiarito nella giurisprudenza internazionale più recente, non è intesa esclusivamente a scopi commerciali o di sfruttamento delle risorse, ed in cui rientrano le attività più disparate, tra le quali anche attività di esercizio di diritti fondamentali, come attività di protesta rientranti nell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, (v. la [sentenza](#) del 14 agosto 2015, nel caso dell'*Arctic Sunrise*, riguardante *Greenpeace*).

10. Le sintetiche considerazioni sin qui svolte ci permettono di affermare che la visione cosmopolita dell'ordinamento promossa dalle ONG riposa su norme internazionali formatesi per effetto dell'incontro di volontà degli stessi Stati i cui governi oggi si fanno portatori di istanze anti-cosmopolitiche; che si fonda sull'esigenza di colmare un vuoto istituzionale formatosi per effetto dell'inerzia dei governi medesimi in violazione degli obblighi di cooperazione previsti dalla Convenzione di Amburgo; che la posizione del potere giudiziario permette di configurare

l'attuale conflitto di prospettive più che tra ONG e Stati, tra ONG e governi (sullo stretto rapporto tra società civile, ONG e potere giudiziario v. il già citato lavoro di Iovane); che le rivendicazioni delle ONG non preludono ad uno svuotamento di sovranità, dato che riguardano eventi che si verificano in spazi che sono già sottratti alla sovranità degli Stati.

III. *Conflitto*

11. A chiusura, necessariamente provvisoria, del discorso sin qui sviluppato, *tre* brevi considerazioni vanno ancora svolte, tutte concernenti il conflitto manifestatosi, a nostro avviso, nelle vicende cui abbiamo fatto riferimento.

Su un piano *concreto* va sottolineato che tale conflitto tende ad emergere in tutta la sua drammatica portata nell'ultimo segmento temporale della funzione di soccorso, quello dello sbarco in un porto sicuro. È particolarmente in questa fase, insomma, che la prospettiva cosmopolitica si scontra (ed irrimediabilmente, diremmo) con quella, del tutto tradizionalmente “stato-centrica”, che si è cercato di tratteggiare. È noto, infatti, che il diritto internazionale non prevede un obbligo *specifico* di consentire lo sbarco di persone soccorse, e la stessa Convenzione di Amburgo, pur stabilendo un obbligo di cooperazione per la individuazione del porto sicuro, non fissa criteri *precisi* al riguardo. È vero peraltro anche l'opposto, e cioè che i governi non possono non fare i conti con la dimensione “cosmopolitica”, per così dire, dei valori in gioco, in forza della quale gli obblighi di cooperazione trovano applicazione e devono essere adempiuti. Ancora una volta, è solo in considerazione delle omissioni degli Stati direttamente coinvolti (*unwilling, unable?*) e delle conseguenze che tali omissioni hanno avuto per la situazione a bordo che nel caso *Sea-Watch* la comandante ha potuto legittimamente invocare il *distress* per entrare nel porto di

Lampedusa.

Su un piano di carattere più *generale*, è bene precisare che gli esiti del conflitto fra le due tendenze evocate non sono certi, né prevedibili, con riferimento alle future prospettive delle regole internazionali che vengono in rilievo. Se è vero, infatti, che i principali attori del caso “Sea-Watch” hanno manifestato una chiara propensione “stato-centrica”, e se è vero altresì che tale propensione **contrasta chiaramente, a nostro avviso, col diritto internazionale vigente – cui appare conforme, invece, la pretesa delle ONG di dare diretta attuazione ai principi in tema di soccorso e di protezione dei diritti umani delle persone soccorse** – non è dato anticipare in che modo **il conflitto in questione sia suscettibile di evolvere** sul piano dei *contenuti* del *complesso* delle regole in questione (tanto quelle sul soccorso in mare, quanto quelle sui diritti umani e sui diritti dei rifugiati). Basti pensare che anche le **reazioni avverse ai comportamenti adottati da Italia e Olanda nel caso “Sea-Watch” non risultano esenti da qualche ambiguità**. Nella [dichiarazione](#) rilasciata dal Ministro degli affari interni francese il 29 giugno scorso, si condanna sì la politica italiana della chiusura dei porti, **qualificandola, però, come genericamente contraria al diritto internazionale del mare**. In un breve [statement](#) pubblico del Ministero degli Esteri tedesco si esprime chiaramente la contrarietà tedesca alla criminalizzazione del soccorso in mare (di cui, risulta peraltro vittima una cittadina tedesca) e l’esigenza di superare l’“indegno” sistema europeo di distribuzione dei richiedenti asilo; ma, analogamente, **nessun cenno viene fatto alle violazioni di norme fondamentali sulla tutela dei diritti umani e dei rifugiati, che certi comportamenti statali chiaramente comportano**. Meno che mai tali comportamenti vengono poi ritenuti idonei – tanto nella posizione francese che in quella tedesca – a giustificare la minaccia dell’azionamento del meccanismo di soluzione delle controver-

sie UNCLOS per la violazione degli obblighi di soccorso rilevanti (art. 98.2, alla luce delle Convenzioni SAR e SOLAS), ovvero del ricorso interstatale, ai sensi dell’art. 33 della Convenzione europea per la violazione di norme della Convenzione medesima. D’altra parte è appena il caso di aggiungere che un simile orientamento è in qualche modo coerente con la circostanza che il principio di *non-refoulement*, a dispetto del suo statuto consuetudinario, *non* risulta incluso fra gli obbiettivi del [Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration](#) (come puntualmente rilevato da [Spagnolo](#)).

Ciò detto, una indicazione di fondo, sul piano del *metodo*, del modo, cioè, in cui la dottrina internazionalistica presenta i rapporti tra Stati e ONG nelle dinamiche dell’ordinamento, è forse possibile trarla. Nella rappresentazione sinora offerta delle forme giuridiche che il fenomeno dell’azione delle ONG è pervenuto a rivestire, si è dato spesso per scontato che l’evoluzione di tale fenomeno sia avvenuta – e fosse destinata a proseguire – **in termini tendenzialmente gradualì, se non a-conflittuali**. Si tratta di un modo di vedere le cose forse riconducibile alla grande illusione di un mondo post-ideologico, diffusasi a partire dagli anni ’90. Riteniamo, invece, utile sottolineare, con il solo proposito di iniziare un dibattito, che il ruolo svolto dalle ONG nel soccorso nel mare Mediterraneo – **pur essendo qualificabile, lo ribadiamo, come del tutto conforme alle regole internazionali rilevanti** – si manifesta **in termini conflittuali** rispetto alle posizioni di alcuni Stati. Ciò sembra cozzare con la prospettiva or ora richiamata, e ci restituisce il quadro di un ordinamento **carico di tensioni**, che non possono non riguardare, tanto chi agisca al suo interno come “attore” (come messo in rilievo da [Gradoni e Pasquet](#)), quanto chi si ponga, rispetto ad esso, come “osservatore”.

14 luglio 2019