dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2024
Data di pubblicazione – 17 settembre 2024

Non refoulement dei migranti soccorsi da navi private e giurisdizione dello Stato della bandiera: un'analisi a partire dalla sentenza della Corte di cassazione nel caso *Asso 28*

di
Amina Maneggia*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il caso della nave Asso 28 e la conclusione della Cassazione. 3. Gli individui a bordo di una nave privata sono "sotto la giurisdizione dello Stato della bandiera" ai sensi dei trattati internazionali sui diritti umani? Le tesi a confronto e le oscillazioni della giurisprudenza. 4. Una lettura "ricomposta" della giurisprudenza in materia di interazione tra giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera e giurisdizione sui diritti umani. 5.La posizione della Cassazione nel caso Asso 28: rilievi critici. 6. Conclusione.

1. Introduzione

La questione se lo Stato della bandiera abbia "giurisdizione" sulle persone soccorse in mare da una nave privata ai sensi dei trattati internazionali sui diritti umani, e conseguentemente se sia tenuto a garantire loro il godimento dei diritti da questi sanciti – in particolare la protezione dal *refoulement* a rischio di tortura o persecuzione – è oggetto di un acceso dibattito sia dottrinale che politico-diplomatico[1], favorito da una giurisprudenza internazionale non priva di

* Ricercatrice confermata di Diritto Internazionale - Dipartimento di Scienze Politiche - Area di Studi Giuridici. Università degli Studi di Perugia.

[1] Ad esempio, nel novembre 2022 il Ministro degli interni italiano Matteo Piantedosi ha sostenuto che, rispetto alle attività di soccorso in mare di migranti da parte di navi umanitarie gestite da ONG "viene in questione, in base alla nota Convenzione UNCLOS e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la responsabilità degli Stati di bandiera ai fini sia della tutela dei diritti fondamentali delle persone salvate, sia dell'individuazione di un appropriato *place of safety*" (Senato della Repubblica, Legislatura 19°, Resoconto stenografico della seduta n. 008 del 16/11/2022, in https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/Resaula/0/01361515/index.html). A tale posizione, che il Ministro aveva tentato di far valere nei confronti della Germania e della Norvegia in quanto Stati di bandiera delle navi *Humanity I* e *Geo Barents*, l'ambasciatore norvegese ha replicato che "Norway has no responsibility under human rights conventions or the law of the sea for persons taken on board private Norwegian-flagged vessels in the Mediterranean" (A.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

ambiguità. A tale dibattito ha recentemente aggiunto la sua voce la Corte di cassazione, che nella sentenza n. 4557 del 1° febbraio 2024 relativa al caso *Asso 28*[2] ha individuato il fondamento dell'(asserita) giurisdizione dello Stato della bandiera, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[3], nel controllo effettivo che tale Stato eserciterebbe sugli individui soccorsi tramite il comandante della nave privata. Il presente contributo intende dimostrare che la posizione della Cassazione su questo punto si fonda su una non corretta ricostruzione dei presupposti e della portata della giurisdizione dello Stato della bandiera sulle persone a bordo di navi private secondo il diritto internazionale. Offre inoltre una diversa lettura dell'interazione tra "giurisdizione sugli individui" ai sensi delle convenzioni internazionali sui diritti umani e "giurisdizione dello Stato della bandiera sulle proprie navi" ai sensi diritto internazionale del mare.

2. Il caso della nave Asso 28 e la conclusione della Cassazione

Nella sentenza n. 4557/2024 la Suprema Corte ha condannato in via definitiva per i reati di abbandono in stato di pericolo di persone minori o incapaci, e di sbarco e abbandono arbitrario di persone, ai sensi degli artt. 591 c.p. e 1155 cod. nav., il comandante della nave privata battente bandiera italiana *Asso 28*, che svolgeva funzioni di supporto alla piattaforma petrolifera *Sabratha*, collocata in acque internazionali e area di ricerca e soccorso (SAR) libica. Dopo aver soccorso un gommone carico di 101 persone, tra cui cinque donne in stato di gravidanza e cinque bambini, il comandante aveva fatto salire a bordo, senza la necessaria autorizzazione, un non identificato ufficiale di dogana libico di stanza sulla piattaforma petrolifera, e ne aveva seguito l'indicazione di ricondurre i naufraghi in Libia senza informare i centri di coordinamento e soccorso marittimo libico e

AMANTE, A. ARMELLINI, *Italy demands countries take responsibility for migrant rescue boats*, November 4, 2022, in https://www.reuters.com/world/europe/norway-shuns-italy-request-take-charge-migrants-ngo-ships-2022-11-04/).

[2] Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 4557 del 1° febbraio 2024 (ud. 12/10/2023).

[3] Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950. Testo in https://rm.coe.int/1680063777. Ai sensi dell'art. 1, "Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona *sottoposta alla loro giurisdizione* i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione", *corsivo aggiunto*.

italiano, così violando procedure e regole sia interne che internazionali in materia di soccorso in mare. Secondo la Cassazione, inoltre, "riconducendo a Tripoli i centouno naufraghi imbarcati", il comandante "procurava agli stessi migranti un danno grave, consistente nel loro respingimento collettivo, quale condotta vietata dalle convenzioni internazionali e dal Testo Unico sull'immigrazione, [e] nello sbarco in un paese terzo considerato porto non sicuro, [...] atteso l'elevato rischio di essere i migranti sottoposti a trattamenti inumani e degradanti nei centri di detenzione per stranieri presenti sul territorio libico, con l'impossibilità di vedere tutelati i propri diritti fondamentali"[4]. La condotta del comandante insomma aveva costituito una violazione del divieto di *refoulement* sancito dall'art. 3 della CEDU e dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1950 sullo status di rifugiato, nonché del divieto di respingimento collettivo di stranieri stabilito dall'art. 4, Prot. 4, della CEDU: obblighi, questi, contenuti in trattati internazionali e quindi vincolanti *gli Stati*, non gli individui.

Diciamo subito che la conclusione raggiunta dalla Cassazione appare *complessivamente* corretta in quanto fondata su un'interpretazione delle norme *interne* sul dovere del comandante di prestare assistenza a chiunque si trovi in stato di pericolo in mare che dà corretta attuazione alle norme *internazionali* nella stessa materia, ovvero, l'obbligo di ciascuno Stato di esigere dal comandante di una nave battente la sua bandiera di prestare soccorso, ai sensi dell'art. 98, par. 2, della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982 (CMB); e l'obbligo di adottare le misure necessarie per far osservare al comandante il suo dovere, previsto dall'art. 10 della Convenzione di Londra del 1989 sul salvataggio in mare. Ciò anche tenuto conto che il comandante è esortato dallo stesso diritto internazionale, sebbene sulla base di atti di *soft law* e quindi non giuridicamente vincolanti, ad evitare per quanto possibile di sbarcare le persone soccorse in un luogo in cui la vita e la libertà di coloro che lamentano un fondato timore di persecuzione sarebbero minacciate[5]. Sanzionare per i reati interni di abbandono di

[4] Par. 2.1 e 2.2. della sentenza n. 4557/2024.

[5] Comitato per la sicurezza marittima dell'Organizzazione Internazionale Marittima, Risoluzione n. 167(78) del 20 maggio 2004, *Linee Guida sul trattamento delle persone soccorse in*

persone e sbarco arbitrario il comandante di una nave privata che, autonomamente, conduca i naufraghi soccorsi in un luogo non sicuro, costituisce indubbiamente un modo, per l'Italia, di attuare il suo obbligo internazionale di imporre al comandante il rispetto dei suoi doveri.

Tuttavia, ciò non ha nulla a che fare con la giurisdizione dello Stato della bandiera sulle persone a bordo della nave privata che ha operato il soccorso ai sensi della CEDU e di altri trattati internazionali sui diritti umani, di cui l'Italia è parte, e dei conseguenti obblighi internazionali di *non refoulement*. È su questo punto che la Corte ha sviluppato, come vedremo, argomentazioni che appaiono distorte. Prima di approfondirle e commentarle, è opportuno ricostruire i termini della questione della giurisdizione dello Stato della bandiera sugli individui a bordo di proprie navi ai sensi delle convenzioni internazionali sui diritti umani.

3. Gli individui a bordo di una nave privata sono "sotto la giurisdizione dello Stato della bandiera" ai sensi dei trattati internazionali sui diritti umani? Le tesi a confronto e le oscillazioni della giurisprudenza

Sulla questione si confrontano essenzialmente due posizioni, che esporremo tra un attimo.

Preliminarmente occorre precisare che il termine "giurisdizione" assume significati diversi, da un lato, nel contesto dei trattati internazionali sui diritti umani e, dall'altro, nell'ambito del diritto internazionale del mare, e il punto è *come* questi diversi significati interagiscano. Ai sensi dei trattati sui diritti umani, ad esempio dell'art. 1 CEDU, gli Stati parti si impegnano a garantire i diritti umani in essi sanciti a tutti gli individui "sottoposti alla loro giurisdizione", ossia essenzialmente alla loro autorità di governo ovunque sia esercitata, anche al di fuori del territorio

mare, par. 6.12; e UNHCR, *Soccorso in mare: Guida a principi e pratiche da applicarsi a migranti e rifugiati*, 2006, che indica tra le azioni del comandante della nave che abbia prestato soccorso di "non richiedere lo sbarco nel paese d'origine della persona o nel paese dal quale la persona è fuggita", p. 10, reperibile in www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/soccorso-in-mare.pdf. Cfr. M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, n. 1, pp. 5-46, p. 45.

statale[6]. Nell'ambito del diritto internazionale del mare, d'altro canto, l'art. 92 della CMB stabilisce che le navi nell'alto mare sono sottoposte alla "giurisdizione esclusiva" dello Stato di cui battono bandiera: ciò vuol dire, in sintesi, che solo tale Stato ha poteri sulla nave, cioè può interferire nella sua navigazione in alto mare tramite misure coercitive, e che in principio alle attività e alla vita di bordo si applica la sua legge[7]. Inoltre, ai sensi dell'art. 94 CMB, lo Stato della bandiera *è tenuto* ad "esercita[re] efficacemente la propria giurisdizione e il proprio controllo su questioni di carattere amministrativo, tecnico e sociale sulle navi che battono la sua bandiera".

Il problema è quindi se gli individui a bordo di una nave privata, compresi i naufraghi da questa eventualmente soccorsi, siano "entro la giurisdizione dello Stato della bandiera" ai sensi dei trattati sui diritti umani di cui tale Stato sia parte in ragione della "giurisdizione esclusiva" che lo Stato ha sulle proprie navi in alto mare in base al diritto internazionale del mare. In caso positivo, lo Stato della bandiera dovrà rispondere sul piano internazionale per eventuali violazioni, nei confronti degli individui a bordo, degli obblighi di garanzia dei diritti umani da essi discendenti.

A favore, si sostiene che la nozione di giurisdizione nei trattati sui diritti umani include la giurisdizione *de jure*, da intendersi come competenza dello Stato, conferita da norme internazionali consuetudinarie o pattizie, all'esercizio di poteri legislativi ed esecutivi in un determinato luogo o nei confronti di date persone, a

[6] Si veda l'art. 1 CEDU, *supra*, nota 3; disposizioni simili sono presenti nella gran parte dei trattati internazionali sui diritti umani. Ad es., l'art. 2, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 stabilisce che ogni Stato parte "undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory *and subject to its jurisdiction* the rights recognized in the present Covenant", *corsivo nostro.* Sull'applicazione extraterritoriale dei trattati sui diritti umani v. P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights: Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011; P. JANIG, *Extraterritorial Application of Human Rights*, in C. BINDER, M. NOWAK, J.A. HOFBAUER, P. JANIG (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Cheltenham, 2022, pp. 180-191.

[7] Cfr. R. BARNES, *Flag States*, in D. ROTHWELL, A. OUDE ELFERINK. K. SCOTT, T. STEPHENS (a cura di), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, pp. 304-324; I. PAPANICOLOPULU, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford, 2018, pp. 131-133; A. MANEGGIA, *La giurisdizione negli spazi marini non sottoposti a sovranità territoriale*, Milano, 2018, pp. 128-154.

prescindere dal suo concreto esercizio (giurisdizione *de facto*). In tale ottica, la giurisdizione dello Stato della bandiera "sui diritti umani" degli individui a bordo di navi private deriva appunto, *sub specie* di giurisdizione *de jure*, dal principio della sottoposizione delle navi alla giurisdizione dello Stato della bandiera *ex* art. 92 della CMB[8].

Secondo la tesi contraria, la nozione di giurisdizione ai sensi della CEDU e dei trattati sui diritti umani è invece del tutto distinta dalla giurisdizione come competenza all'esercizio di poteri stabilita da altre norme internazionali, e in contesti extraterritoriali si riferisce esclusivamente al concreto esercizio, da parte dello Stato, di un controllo effettivo su un territorio, o su individui da parte di agenti statali all'estero. In questa ottica, i naufraghi soccorsi da una nave privata, e in genere le persone a bordo, non sono "sotto la giurisdizione dello Stato della bandiera" in quanto la nave non è sottoposta al controllo effettivo di tale Stato, né gli individui a bordo sono fisicamente sotto l'autorità di suoi organi, a meno che lo Stato della bandiera non controlli la nave con navi o mezzi aerei militari, o impartendole direttive circa il trattamento dei passeggeri e la loro destinazione[9]. Questa tesi si ritiene fondata sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di altri organi internazionali di controllo dei trattati sui diritti umani che, in effetti, da un lato hanno dichiarato in principio che la giurisdizione extraterritoriale sussiste in caso di esercizio da parte dello Stato o di suoi organi di un *controllo effettivo* su un'area o su individui[10]; dall'altro, hanno concretamente rinvenuto la giurisdizione dello Stato su persone a bordo di una nave privata

[8] Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *International Law and the Protection of People at Sea*, cit., pp. 152-154; F.G. ATTARD, *The Duty of the Shipmaster to Render Assistance at Sea under International Law*, Leiden-Boston, 2020; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 102; U. KHALIQ, *Jurisdiction, Ships and Human Rights Treaties*, in H. RINGBOM (ed.), *Jurisdiction over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, Leiden-Boston, 2015, pp. 324-360. V. anche la *Dichiarazione di Ginevra sui diritti umani in mare* del gennaio 2022, sez. 3, in www.humanrightsatsea.org/GDHRAS.

[9] M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights*, cit., p. 193; E. PAPASTAVRIDIS, *The European Convention of Human Rights and Migration at Sea: Reading the "Jurisdictional Threshold" of the Convention Under the Law of the Sea Paradigm*, in *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 417-435, p. 432.

[10] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Skeini et al. c. Regno Unito* [GC], sentenza del 7 luglio 2011, ric. n. 55721/07, parr. 133-140.

quando questa era stata posta dallo Stato sotto il suo controllo mediante l'intervento di navi militari o pubbliche, o rispetto a migranti soccorsi in mare e fatti salire a bordo di navi militari[11].

Tuttavia, anche la posizione a favore della giurisdizione – in termini di diritti umani – dello Stato della bandiera, trova un qualche supporto nella giurisprudenza della Corte europea, che sin dal noto caso *Banković* ha considerato che il diritto internazionale riconosce l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione in casi "involving the activities on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State"[12]. In particolare, nella nota sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012 la Corte ha precisato di essere stata condotta a riconoscere sussistente la giurisdizione extraterritoriale in questi casi dal principio di diritto internazionale, sancito da "relevant provisions of the law of the sea", secondo cui "a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying"[13]. La Corte ha tuttavia chiuso la statuizione di principio affermando che "*[w]here there is control over another*, this is *de jure* control exercised by the State in question over the individuals concerned"[14], così ribadendo che condizione per l'esistenza della giurisdizione è l'esercizio un controllo effettivo sugli individui,

[11] Si vedano, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Xhavara c. Italia e Albania*, sentenza dell'11 gennaio 2001, ric. n. 39473/98; *Medvedyev c. Francia*, sentenza del 29 marzo 2010, ric. n. 3394/03; *Women on Waves c. Portogallo*, sentenza del 13 gennaio 2009, ric. n. 31276/05; e *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09; per il Comitato contro la tortura, organo di controllo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984: *JHA c. Spagna*, CAT/C/41/D/323/2007, decisione del 21 novembre 2008 e *Sonko c. Spagna*, CAT/C/41/D/323/2007, decisione del 25 novembre 2011, nelle quali il Comitato ha riconosciuto la giurisdizione dello Stato della bandiera su migranti soccorsi in mare da navi appartenenti a corpi militari dello Stato. In entrambe il Comitato ha stabilito che i migranti si erano trovati sotto il controllo *de facto* delle autorità statali, avendo precedentemente affermato che la giurisdizione degli Stati ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura si estende, al di fuori del territorio statale, al territorio posto sotto il controllo effettivo *de jure* o *de facto* dello Stato, e all'estero su persone assoggettate al controllo *de jure* o *de facto* di agenti statali. Qui le espressioni *de jure* o *de facto* sono chiaramente utilizzate per qualificare due distinte ipotesi di controllo effettivo, a seconda che tale controllo abbia o meno un fondamento di diritto internazionale.

[12] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Banković e altri c. Belgio e altri* [GC], decisione del 12 dicembre 2001, ric. n. 52207/99, par. 73.

[13] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sentenza del 23 febbraio 2012, cit., par. 77.

[14] Ivi, *corsivo aggiunto.*

dirittifondamentali.it

sebbene esercitato *de jure*. Per il resto, è noto che nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione dell'Italia sui migranti in quanto intercettati e presi a bordo da una nave della Marina militare italiana e da questa ricondotti in Libia, osservando che "in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities"[15]. È fuor di dubbio che le persone a bordo di una nave militare, che è *organo* dello Stato della bandiera, sono sotto il suo "controllo effettivo", ed è in dubbio che lo siano durante un'operazione di respingimento[16]. È su tali basi che la Corte europea ha rilevato la giurisdizione dell'Italia sui migranti nel caso di specie, accertando la violazione, da parte dello Stato convenuto, del divieto di *refoulement* e di espulsione collettiva di stranieri sanciti dalla Convenzione.

Più rilevante, a supporto della giurisdizione *de jure* dello Stato della bandiera sugli individui a bordo di una nave privata e in assenza di un controllo *de facto*, è la sentenza *Bakanova c. Lituania* del 2016. In questo caso la Corte europea ha ritenuto che il marito della ricorrente, deceduto sulla nave battente bandiera lituana a bordo della quale lavorava come meccanico, era "sotto la giurisdizione della Lituania", ed ha accertato la violazione da parte dello Stato convenuto dell'art. 2 CEDU sul diritto alla vita, sotto il profilo procedurale, per carenze nell'indagine condotta sulla cause del decesso[17].

Dal canto suo il Comitato dei diritti umani, organo di controllo del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nel Commento generale n. 36 del 2019 sul diritto alla vita, benché di per sé non giuridicamente vincolante, ha statuito che

[15] Ibidem, par. 81.

[16] E. PAPASTAVRIDIS, *The European Convention of Human Rights and Migration at* Sea, cit., p. 431; F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing Responsibility Between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2019, vol. 28, pp. 77-95, p. 83; F. DE VITTOR, *La migrazione via mare nel diritto internazionale: Libertà di movimento, obblighi di soccorso e rispetto dei diritti umani delle persone migranti*, Napoli, 2023, p. 113.

[17] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bakanova c. Lituania*, sentenza del 31 maggio 2016, ric. n. 11167/12, par. 63.

dirittifondamentali.it

"States parties are also required to respect and protect the lives of all individuals *located on marine vessels* and aircraft *registered by them or flying their flag*"[18].

4. Una lettura "ricomposta" della giurisprudenza in materia di interazione tra giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera e giurisdizione sui diritti umani

Come valutare tali oscillazioni della giurisprudenza tra posizioni apparentemente contraddittorie? A noi sembra che esse siano ricomponibili a partire dalla considerazione per cui, quando la giurisdizione sui diritti umani è *de jure* – cioè fondata su norme internazionali settoriali che conferiscono poteri agli Stati o ne richiedono l'esercizio –, è sulla base di quelle stesse norme che sono definiti la portata e i limiti degli obblighi sui diritti umani degli Stati, nel caso di specie in relazione alle condotte in mare e a bordo di navi. Tale approccio trova conferma nel principio, affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dal caso *Al-Skeini c. Regno Unito*, per cui ogniqualvolta lo Stato esercita giurisdizione al di fuori del suo territorio, è tenuto ad accordare agli individui ad essa soggetti i (soli) diritti riconosciuti dalla Convenzione "that are relevant to the situation of that individual", e in questo senso che "the Convention rights can be 'divided and tailored'"[19]. *Quali* diritti sono rilevanti nel caso di specie e *in che misura* lo Stato li debba garantire dipende anche dal tipo e grado di legame giurisdizionale e dagli specifici obblighi che incombono sugli Stati in base alle specifiche norme su cui quel legame si fonda.

In questa prospettiva, il riconoscimento da parte della Corte europea nel caso *Bakalava* della giurisdizione dello Stato della bandiera ai sensi della CEDU, e l'accertamento della violazione dell'obbligo positivo di proteggere la vita dei membri dell'equipaggio, sono sicuramente in linea con la competenza e gli obblighi dello Stato della bandiera ai sensi degli artt. 92 e 94 CMB. Mentre nel caso *Hirsi*

[18] *General Comment No. 36 on Article 6: Right to Life*, CCPR/C/GC/36 del 3 settembre 2019, par. 63, *corsivo aggiunto.*

[19] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Skeini et al. c. Regno Unito* [GC], sentenza del 7 luglio 2011, cit., par. 137.

Jamaa, l'esercizio da parte dell'Italia di una giurisdizione *de facto* sui ricorrenti, accanto alla sussistenza di quella *de jure*, è ciò che ha consentito alla Corte di accertare la violazione del divieto di *refoulement*, che è un obbligo negativo necessariamente implicante controllo effettivo sugli individui, come sostenuto anche dall'UNHCR[20], e che non avrebbe potuto trovare applicazione se i fatti avessero coinvolto una nave privata, in quanto lo Stato della bandiera concretamente non controlla concretamente e costantemente le attività della nave in alto mare, e la mera "flag State jurisdiction" implica per tale Stato solo obblighi positivi o di *due diligence*[21] – che certamente includono l'obbligo di proteggere le persone soccorse da condotte "private" e autonome del comandante, anche costitutive di *refoulement*, mediante un'adeguata disciplina interna dei suoi doveri[22].

---

[20] UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, par. 43: "a State is bound by its obligation under Article 33(1) of the 1951 Convention not to return refugees to a risk of persecution wherever it exercises *effective* jurisdiction. As with non-refoulement obligations under international human rights law, the decisive criterion is […] whether they come *within the effective control and authority* of that State".

[21] Y. TAKEI, *Assessing Flag State Performance in Legal Terms: Clarifications of the Margin of Discretion*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2013, n. 1, pp. 97-134; I. PAPANICOLOPULU, *International Law and the Protection of People at Sea*, *cit*., pp. 174-175.

[22] Si veda in tal senso, da ultimo, UNHCR, *Legal considerations on the roles and responsibilities of States in relation to rescue at sea, non-refoulement, and access to asylum* del 1° dicembre 2022. In tale nota, l'UNHCR afferma che tutti gli Stati coinvolti in operazioni di soccorso (ovvero: lo Stato della bandiera della nave che ha effettuato il soccorso, lo Stato nella cui zona SAR si è svolta l'operazione, e lo Stato che l'ha eventualmente coordinata), "have responsibilities and obligations under international law to ensure that people falling under their *jurisdiction* or *effective control* are not subject to refoulement or exposed to other treatment contrary to international refugee and human rights law", ma distingue più chiaramente i relativi obblighi degli Stati della bandiera di una nave *privata*, che hanno solo giurisdizione *de jure* sulle persone soccorse, da quelli degli Stati della bandiera di una nave *pubblica*, che invece esercitano su di esse un "controllo effettivo". Al riguardo l'UNHCR ha infatti puntualizzato che mentre questi ultimi "have *direct* obligations under applicable refugee and human rights law, notably to protect against refoulement", gli Stati della bandiera di navi commerciali e di altre navi private hanno, appunto, tipicamente l'obbligo di adottare appropriate misure regolatorie e di carattere amministrativo "to ensure that shipmasters of vessels flying their flags do not subject rescued persons to treatment contrary to refugee and human rights law standards – including non-refoulement, and to take appropriate investigatory and remedial or sanctioning measures as needed", par. 3.5, *corsivo aggiunto*. In dottrina è stato sostenuto che lo Stato della bandiera non potrebbe neppure considerarsi destinatario dell'obbligo internazionale di *non-refoulement* delle persone soccorse da una propria nave, in considerazione del fatto che lo Stato della bandiera può essere geograficamente molto lontano dall'evento (B. STĘPIEŃ, *A Tale of Non-State Actors and Human Rights at Sea: Maritime Migration Crisis and Commercial Vessels' Obligations*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2018, vol. 18, pp. 35-65, p. 52); alla luce di quanto detto, tale

In altri termini, il riconoscimento della giurisdizione *de jure* dello Stato della bandiera sugli individui a bordo di una nave privata non può condurre ad imputare ad esso obblighi ulteriori a, o di natura diversa da, quelli sanciti dalle pertinenti norme settoriali, o che alterano la ripartizione di competenze e doveri tra Stati da queste dettata. Per quanto riguarda in particolare il soccorso in mare, l'art. 98 CMB e l'art. 10 della Convenzione di Londra sul salvataggio in mare, come si è visto, impongono a ciascuno Stato parte di richiedere al comandante di una nave battente la propria bandiera di prestare assistenza in mare alle persone in pericolo, che è un obbligo di *due diligence*, la cui violazione non deriva dall'attribuzione al primo della condotta non conforme del secondo, ma dall'eventuale mancata adozione di misure idonee a disciplinarla e sanzionarla.

Ci sembra significativo, sempre in tale ottica, che il già citato Commento generale n. 36 del Comitato dei diritti dell'uomo, nel sottolineare che agli Stati parti è richiesto "to respect and protect the lives of all individuals located on marine vessels registered by them or flying their flag", rinvia in nota proprio alle norme internazionali sul dovere del comandante di qualsiasi nave di assistere le persone in pericolo, e sul correlato obbligo dello Stato della bandiera di far sì che il comandante adempia al suo dovere di soccorso.

5. La posizione della Cassazione nel caso Asso 28: rilievi critici

Veniamo quindi alla posizione espressa dalla Cassazione nella sentenza *Asso 28*. La Suprema Corte ha sostenuto sul punto, come argomento non necessario, che ai migranti a bordo della nave si estende la giurisdizione dell'Italia ai sensi dell'art. 1 CEDU, e ciò come conseguenza del riconoscimento al comandante della nave privata, relativamente al salvataggio in mare, della qualità "di incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 cod. pen., nelle stesse forme richieste per gli analoghi

ricostruzione è tuttavia da respingere, o da intendere nel senso che lo Stato della bandiera, salvo il caso in cui eserciti un controllo effettivo sulla nave privata, non può violare l'obbligo negativo di *non refoulement*, ma può essere trovato in violazione dell'obbligo positivo di proteggere le persone soccorse dal *refoulement*.

doveri di salvataggio per le navi militari o comunque statali" [23]. Nel ragionamento della Suprema Corte il comandante "opera quale agente dello Stato in acque internazionali, allorché esercita controllo e autorità sul naufrago, e quindi estende la giurisdizione dello Stato di appartenenza, ai sensi dell'articolo 1 della CEDU, ed è tenuto pertanto a riconoscere alla persona del naufrago i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della Convenzione" [24], in particolare la protezione dal *refoulement* e da respingimenti collettivi.

Tale ricostruzione non appare corretta. In primo luogo, non lo è laddove la Corte sostiene che, la qualifica del comandante della nave privata che presti soccorso in mare di "incaricato di pubblico servizio" *secondo l'ordinamento interno*, comporta l'attribuibilità della sua condotta allo Stato *sul piano internazionale*, e dunque l'eventuale responsabilità internazionale dell'Italia per violazione dei suoi obblighi internazionali, incluse quelle sui diritti umani. Infatti, se è vero che in base alle norme internazionali sulla responsabilità dello Stato per fatto illecito è internazionalmente attribuita allo Stato la condotta di una persona che il suo diritto interno autorizza ad esercitare prerogative del potere pubblico o elementi dell'autorità di governo, ciò riguarda i casi di privatizzazione di funzioni il cui esercizio è prerogativa dello Stato *secondo lo stesso diritto internazionale*, e che la persona o l'ente esercita *al posto* degli organi statali[25]. Ma, come già da altri osservato, l'obbligo del comandante della nave di prestare soccorso in mare alle persone in pericolo è previsto anzitutto da norme *internazionali*, che configurano quel dovere come una funzione pubblica *internazionale*, a lui affidata *in quanto privato individuo* direttamente dal diritto internazionale[26], e qualificabile più esattamente come "diritto di assolvere ad un dovere internazionale" che

[23] Punto 5.5 della sentenza n. 4557/2024.

[24] *Ibidem*, punto 5.6.

[25] Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts 2001*, Art. 5 e commentario, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part 2, pp. 43-43.

[26] F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing Responsibility Between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters*, cit., p. 85. Meno critica sul punto L. MAGI, *L'obbligo di soccorso del comandante nella giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, n. 2, pp. 297-314, a pp. 309-311.

l'individuo vanta nei confronti degli Stati[27]. Il soccorso in mare non è quindi una "prerogativa del potere pubblico statale" delegata *dallo Stato* al comandante della nave privata[28].

In secondo luogo, e alla luce dell'analisi svolta nei paragrafi precedenti, la posizione della Cassazione avvalora una ricostruzione "alterante" della natura e della portata dell'obbligo dello Stato della bandiera rispetto alla condotta del comandante, che come si è detto è un mero obbligo di *due diligence*; e conduce ad attribuire allo Stato della bandiera un ruolo più gravoso di quello derivante dalla ripartizione internazionalmente stabilita dei doveri di protezione delle persone soccorse da navi private.

6. Conclusione

In sintesi, l'analisi svolta ci ha condotto a concludere che, a) lo Stato della bandiera ha giurisdizione sugli individui soccorsi da una nave privata in alto mare, ai sensi della CEDU e di altri trattati internazionali sui diritti umani, nei limiti della "composizione armonica" tra norme internazionali sui diritti umani e principio della giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera promossa dalla Corte europea e da altri organi di controllo; b) su tali basi, non appare corretta, dal punto di vista del diritto internazionale, la posizione espressa dalla Cassazione nella sentenza *Asso 28* secondo cui la qualità di "incaricato di pubblico servizio" del comandante di una nave privata, nell'esercizio del suo dovere di soccorso in mare, estende automaticamente la giurisdizione dello Stato della bandiera sugli individui soccorsi *ai sensi della CEDU*, in particolare ai fini della loro protezione dal *refoulement*, in assenza di un coinvolgimento diretto delle autorità statali nella decisione del comandante circa la destinazione e lo sbarco delle persone soccorse. Tale posizione rischia peraltro di avvalorare quella, talvolta rivendicata da esponenti del governo italiano sul piano internazionale, che nell'ambito degli

[27] M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, cit., pp. 37-40.

[28] In questo senso anche E. PAPASTAVRIDIS, *The Forgotten Responsibilities of the Flag State to Save People at Sea*, in A.N. KRSTEVSKA, B.T. GAVRILOVIKJ (a cura di), *Migration at sea. International Law Perspectives and Regional Approaches*, Napoli, 2016, pp. 31-47, pp. 41-42.

dirittifondamentali.it

attuali fenomeni migratori imputa allo Stato della bandiera oneri, relativi alla protezione dei migranti salvati da navi private, eccedenti quelli previsti dalle norme internazionali sul soccorso in mare.

dirittifondamentali.it