

Emergenza Covid-19 e limitazioni della libertà personale dei migranti.

di **Filomena Pisconti**

Sommario. 1. Breve ricostruzione della disciplina normativa dell'emergenza. - 2. Presupposti e caratteri dei provvedimenti della permanenza domiciliare. - 3. Analisi della disciplina antiCovid-19 sul soccorso dei migranti: gli scenari dopo il caso Rackete - 4. I diritti e le libertà dei migranti nello Stato di emergenza - 5. Conclusioni

1. Breve ricostruzione della disciplina normativa dell'emergenza.

L'emergenza epidemiologica da virus Covid-19 ha comportato l'adozione di drastiche misure limitative di alcune libertà fondamentali costituzionalmente protette, caratterizzate da un rilevante livello di ampiezza ed incisività, contenute in una legislazione eccezionale che regola uno *stato di emergenza* di cui non vi è traccia di disciplina nella Carta costituzionale¹.

Per inciso i riferimenti in essa contenuti riguardano i concetti di *necessità* ed *urgenza*, a partire dall'art. 77 relativo al decreto-legge, espressivo dell'idea di Governo "signore delle fonti", "legittimato ad infrangere gli argini

¹ "In questa prospettiva si potrebbe essere tentati dal ritenere che la nostra costituzione abbia volutamente ritenuto di non disciplinare, anche per evitare strumentalizzazioni, le situazioni di emergenza, in parte perché la *salus rei publicae* rappresenterebbe un valore immanente all'ordinamento, e in parte perché tali situazioni sfuggono, attraverso la forza del fatto normativo e della necessità come fonte del diritto, ad essere inquadrare nelle regole sulla produzione". MARINI F., *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in Osservatorio Emergenza covid-19, www.federalismi.it, 2020.

Gli studiosi hanno considerato questa fase di emergenza come un punto di partenza per una riflessione più ampia atta a costruire in futuro un vero e proprio diritto dell'emergenza, stante l'assenza di norme specifiche testimoniata dalla nostra Carta Costituzionale, a differenze delle altre esperienze costituzionali.

"Molte Costituzioni hanno regole e procedure sull'emergenza. La Costituzione spagnola, ad esempio, prevede, nell'art. 116, tre diversi stati di emergenza (allarme, eccezione, assedio), definendo procedure diverse anche nel raccordo tra azione del Governo e poteri del Parlamento e dei suoi organi. (...) La stessa Costituzione del 1958 contiene ben due disposizioni relative agli stati di emergenza (...).

L'Italia invece non ha norme costituzionali per emergenze del tipo di quella che stiamo vivendo. L'art. 78 della Costituzione si riferisce allo 'stato di guerra', e i tentativi di interpretazione estensiva di questo concetto non sono mai arrivati ad immaginare situazioni come quella in atto (cfr. P. Pinna, *Guerra (stato di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993)." D'ALOIA A., *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in corso di pubblicazione in *BioLaw Journal, Biodiritto*, 2/2020.

procedurali, secondo le esigenze e gli obiettivi sostanziali che ritiene di dover raggiungere².

L'unica disposizione in cui l'urgenza si trasforma in una vera e propria emergenza³ – senza, tuttavia, alcuna esplicitazione – è quella contenuta nell'art. 78 sulla dichiarazione dello stato di guerra spettante alle Camere che legittima l'esercizio di una serie di poteri *extra ordinem* governativi, altamente discrezionali e fondati su un obbligo di motivazione ben precisa, nonché temporanei e legati un circoscritto arco temporale, "onde evitare di trasformare quanto stabilito in uno stato di eccezione"⁴, proporzionali e ragionevoli⁵.

Obiettivo centrale delle misure restrittive, ritenute necessarie per fronteggiare l'emergenza colposa come quella in atto,⁶ è quello di tutela della salute intesa non solo come fondamentale diritto dell'individuo ma anche come interesse della collettività⁷, ritenuto preminente rispetto agli altri interessi sottesi alle varie norme costituzionali via via compresse.

Nella prima fase d'urgenza, il decreto-legge n. 23 febbraio 2020 n. 6, convertito con legge 5 marzo 2020 n. 13, autorizzava il Governo a regolare situazioni emergenziali attraverso poteri di eccezione, anche in deroga alla legge e limitativi di diritti, che si sono esplicitati con l'adozione di una serie di misure determinate (art. 1) e indeterminate (art. 2), sulla cui legittimità alcuni autori dubitano⁸, trattandosi di restrizioni contenute in atti

² CARTABIA M., il Governo "Signore delle fonti"? in CARTABIA M., LAMARQUE E., TANZARELLA P. (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università di Milano-Bicocca, 10-11- giugno 2011*, Torino, 2011.

³ "L'emergenza costituisce da sempre un pericolo per i diritti. Nel bilanciamento con le esigenze contingenti, queste ultime, ancorchè spesso transitorie ed eccezionali, sono destinate non solo a prevalere, ma a lasciare una traccia nell'evoluzione della materia interessata: la deroga alle linee di evoluzione della materia diventa regola e difficilmente sarà riassorbita, mentre l'eccezione in controtendenza avrà vita breve." SPANGHER G., *Covid-19: emergenza vs diritti*, Il Penalista, 2020.

⁴ CLEMENTI F., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, AIC, Osservatorio costituzionale, 3/2020.

⁵ "Le misure derogatorie devono essere strettamente proporzionali e ragionevoli rispetto allo scopo perseguito, ovvero la tutela della salute. Sono scelte rimesse al decisore politico, ma evidentemente giustificate in relazione a dati la cui valutazione è compiuta dal sapere medico." ALGOSTINO A., *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, AIC, in Osservatorio Costituzionale, 3/2020.

⁶ Cfr. BARTOLI R., *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in Sistema Penale, 2020.

⁷ Ex pluris CARAVITA B., *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in www.federalismi.it, n. 6/2020.

⁸ "Per quanto riguarda le fonti, ritengo che il primo decreto-legge n. 6/2020 sia stato un vero e proprio errore frutto di una svista e non è un caso che poi il Governo abbia deciso di cambiare rotta abrogandolo. In particolare, l'errore decisivo è stato nell'utilizzo del diritto penale che ha posto poi un insuperabile problema di fonti." BARTOLI R., cit.

formalmente amministrativi integrativi di una fonte di legge sulla base di una integrazione implicante una scelta valutativa significativa nel determinare il contenuto di disvalore del fatto.

Il successivo D.L. n. 19/2020 ha reso più determinata la fonte legislativa posta su un livello superiore della fonte secondaria, specificando le condotte proibite e mutando la natura della responsabilità da penale ad amministrativa⁹ nonché prevedendo l'applicazione della legge favorevole rispetto a leggi vigenti nello stesso arco temporale emergenziale.

2. Presupposti e caratteri dei provvedimenti della permanenza domiciliare.

Il documento trasmesso il 7 aprile scorso dal Segretario generale del Consiglio d'Europa dal titolo "Rispettare la democrazia, il principio di legalità e i diritti umani nel contesto della crisi sanitaria da Covid-19. Strumentario per gli Stati membri" riconosce e accetta l'adozione di misure restrittive delle libertà, individuando nella proporzionalità, nella temporaneità e nella legalità/determinatezza le linee guida del *margin of appreciation* nell'esercizio del potere legislativo racchiuso in un gioco interferenze e deroghe libertà fondamentali dell'individuo¹⁰.

Tali linee direttrici sono chiaramente evincibili dalla lettura di insieme dei contenuti delle disposizioni costituzionali e convenzionali relative alla libertà di circolazione (art. 16 cost. e art. 2 Prot. 4 C.E.D.U) alla libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 C.E.D.U.) e individuabili nella stretta previsione legislativa,

⁹ "In buona sostanza, posto che, come ben noto, lo statuto costituzionale dell'illecito punitivo amministrativo è diverso dal diritto penale, una delle differenze sta anche proprio nella diversa portata della riserva di legge, per cui, per rispettare la riserva di legge rispetto agli illeciti punitivi amministrativi, sono sufficienti i primi due requisiti delineati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, potendo mancare il terzo, là dove si consente alla fonte secondaria di scegliere tra tutta una serie di condotte già predeterminate. Diversamente, per il diritto penale, la riserva di legge impone che il potere esecutivo non possa mai compiere scelte che incidono sul disvalore del fatto, ma soltanto specificazioni di tipo tecnico". BARTOLI R., cit.

¹⁰ "La differenza tra "interferenze" e "deroghe" risiede sia nei presupposti, che nei limiti dell'intervento restrittivo dello Stato.

Quanto ai presupposti, si passa dalle specifiche ragioni di "sanità pubblica", "sicurezza nazionale", "benessere economico della nazione", "mantenimento dell'ordine pubblico", "prevenzione dei reati", "protezione della morale pubblica", "tutela dei diritti e delle libertà di terzi", "integrità territoriale", "protezione della reputazione o dei diritti dei terzi", "impedimento della rivelazione d'informazioni riservate", "mantenimento dell'autorità e dell'imparzialità della magistratura", a quelle, ben distinte, di "guerra" o altra "emergenza pubblica che metta a repentaglio la vita della nazione".

Quanto ai limiti della compressione dei diritti umani, il divario è tra il concetto di limiti "necessari in una società democratica" (confini delle "interferenze") e quello di deroghe "strettamente richieste dalle esigenze della situazione" (unico argine alle "deroghe").

TARALLO A. *Interferenze e deroghe ai diritti umani per ragioni di sanità pubblica: le linee guida del consiglio d'Europa delimitano il "margine di apprezzamento" degli Stati Membri*, in Archivio Penale, 1/2020.

nella disciplina dei presupposti e delle modalità, nella ragionevolezza, nella proporzionalità, della possibilità di un ricorso giurisdizionale e nella necessità di un meccanismo di convalida dell'autorità giudiziaria delle misure adottate. Quanto alle limitazioni della libertà personale, il D.P.C.M. 8 marzo 2020 - emanato in esecuzione del D.L. n. 6/2020 - destinato principalmente alle cd. zone rosse¹¹, prevede la sottoposizione alla c.d. "permanenza domiciliare" dei soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre maggiore di 37,5 ° C (lett. b), nonché il divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena o risultati positivi al virus (lett. c); infine, prevede, all'art. 3, tra quelle estese all'intero territorio nazionale, la misura della "permanenza domiciliare" per i soggetti che, a partire dal quattordicesimo giorno antecedente la data di pubblicazione del decreto, avessero fatto ingresso in Italia (lett. m)¹².

In riferimento a tali ultimi soggetti, tale misura, avente natura limitativa della libertà personale¹³, viene prescritta dall'operatore di sanità pubblica e dai servizi di sanità pubblica territorialmente competenti che, una volta, "accertata la necessità di avviare la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario", sono tenuti ad obblighi di informazione nei confronti del soggetto interessato circa misure da adottare.

Risalta immediatamente, dalle disposizioni menzionate, la circostanza che tali misure non rispettino adeguatamente le previsioni dispositive dell'art. 13 Cost. quanto alla riserva di legge e di giurisdizione, atteso che la privazione della libertà non sembra disposta da un atto motivato dell'autorità

¹¹ La circostanza per cui tali misure erano destinate a determinate zone è confermata dagli artt. 1 e 2 del D.L. cit. Il primo articolo fa riferimento alla necessità di "evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus". Il secondo articolo, allo stesso modo, contiene misure riferite a singole aree, senza che l'estensione all'intero territorio nazionale non è stata realizzata in sede di conversione del decreto-legge, verosimilmente, perché è intervenuta il 5 marzo, prima cioè che il Governo decidesse di estendere, per l'appunto, le misure all'intero paese.

¹² La predetta misura della quarantena è disciplinata nell'ordinanza del Ministro della Salute del 21 febbraio 2020, rispetto alla quale qualche Autore ha sottolineato un deficit di indeterminatezza.

"Al di là delle imperfezioni linguistiche (l'individuo può avere contatti stretti con altre persone o cose, e non con "casi") la previsione di cui al comma 1, soffre di un evidente deficit di legalità e tassatività, poiché il riferimento agli "stretti contatti" appare del tutto generico (è sufficiente un occasionale breve incontro o un fuggevole abbraccio o una convivenza protrattasi per giorni?), tenuto anche conto che si tratta(va) del presupposto per l'applicazione di una sanzione penale (ora non più le pene previste dall'art. 650 c.p., ma il reato di cui all'art. 260, R.D. 1265/1934, con sanzioni ritoccate al rialzo)." GUALTIERI, M., *Oltre i profili costituzionali dei divieti di spostamento in tempi di coronavirus*, in *Quotidiano Giuridico*.

¹³ La stessa denominazione è utilizzata dal legislatore per una delle pene principali irrogabili dal giudice di pace (art. 53 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274).

giudiziaria, ne viene menzionata la verifica *ex post* dell'operato dell'amministrazione in sede di eventuale e successiva convalida¹⁴.

Inspiegabile è il motivo per cui il legislatore non abbia esteso a questi casi un meccanismo del tutto analogo a quello previsto per il T.S.O., demandando al Sindaco, quale massima autorità sanitaria locale, a seguito di un'istruttoria svolta dall'operatore di sanità e/o dei servizi sanitari competenti (ricomprensente l'accertamento tecnico sulla positività del soggetto), l'emissione di un provvedimento individuale *ad hoc* di sottoposizione alla quarantena, contenente motivazione succinta che desse conto delle ragioni dell'adozione della misura della permanenza domiciliare, eventuale indicazione della data di inizio e di fine della quarantena ovvero con indicazione dei presupposti in presenza dei quali potesse ritenersi conclusa la misura imposta.

Riguardo l'aspetto del controllo dell'autorità giudiziaria, invece, sembrano carenti sul punto le disposizioni sulla "quarantena" di cui agli artt. 254 e 255 R.D. n. 1265/1934.

Il primo articolo dispone che il sanitario che, nell'esercizio della sua professione, sia venuto a conoscenza di un caso di malattia infettiva e diffusiva o sospetta di esserlo, pericolosa per la salute pubblica, deve immediatamente farne denuncia al potestà, e all'ufficiale sanitario comunale e coadiuvarli, se occorre, nella esecuzione delle disposizioni emanate per impedire la diffusione delle malattie stesse e nelle acute le igieniche necessarie".

Il successivo art. 255 dispone che "quando la gravità del caso lo esiga, il prefetto, sentito il medico provinciale, può (...) disporre gli altri provvedimenti necessari per assicurare la cura dei malati ed evitare la diffusione della malattia, informandone sollecitamente il Ministro per l'interno".

¹⁴ L'eventuale convalida successiva è anche ammessa nell'ordinamento per le misure precautelari irrogate da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, nei casi tassativi previsti dalla legge (artt. 380, 381, 384, commi 1 e 2, c.p.p.), che deve avvenire nel termine massimo costituzionalmente previsto di novantasei ore dall'inizio della restrizione della libertà.

Allo stesso modo nel caso di trattenimento, presso un centro di permanenza per i rimpatri, dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, l'art. 14, d.lgs. 286/1998 prevede che l'atto sia trasmesso senza ritardo, e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento, al giudice di pace territorialmente competente per consentirne la convalida.

Anche in caso di trattamento sanitario obbligatorio (TSO) per infermi di mente di cui agli artt. 1, ss., L. n. 180/1978 e 33, ss., L. n. 833/1978, disposto dal sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria locale, il provvedimento deve essere notificato entro 48 ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune, il quale, entro le successive 48 ore, assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti, provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento, dandone comunicazione al sindaco.



Anche queste disposizioni, dunque, sembrano ignorare la necessità del controllo giudiziale, pur trattandosi di misure limitative della libertà personale.

Il D.L. 19/2020 distingue tra l'ipotesi di quarantena precauzionale (art. 1, co. 2, lett. d) D.L. n. 19/2020) – la cui violazione è oggi punita con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 4, co. 1 D.L. n. 18/2020) – dalla quella riferita agli individui positivi al virus (art. 1, co. 2, lett. e) D.L. n. 19/2020), i quali, violando il divieto di allontanamento incorrerebbero nella sanzione dell'arresto (fino a 18 mesi) e dell'ammenda.

I presupposti di applicazione delle due misure sono, da una parte, l'aver avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva e l'essere rientrati dall'estero e, dall'altra, l'essere risultati positivi al virus.

Anche in questa occasione nulla si specifica quanto al contenuto dei provvedimenti, individuali e concreti che applicano la misura della quarantena, né in merito all'autorità competente, né a riguardo dei doveri di informazione all'interessato, della durata e dell'eventuale revisione periodica e revoca, né circa la convalida della misura e i rimedi per contestarne l'applicazione.

In alcuni punti della disposizione si registra un accavallamento di etichette in quanto la dizione di "permanenza domiciliare" sembra lasciare il posto a quella della "sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario", condizioni entrambe che possono essere attuate nell'abitazione (o comunque in un luogo di privata dimora) ma anche, come si ricava dall'art. 6, co. 7 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in "strutture alberghiere", all'uopo requisite, ovvero in "altri immobili aventi analoghe caratteristiche di idoneità", pure requisiti "per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare, laddove tali misure non possano essere attuate presso il domicilio della persona interessata".

Nulla si dispone, infine, quanto alla quarantena dei degenti ricoverati in strutture ospedaliere, nonostante sia un dato non di scarsa rilevanza dato che il ricovero in ospedale è disposto per ragioni di tutela della salute del paziente e non, a quanto pare, a titolo di misura di contenimento dell'epidemia, la cui inosservanza è (ancora) penalmente sanzionata.

3. Analisi della disciplina antiCovid-19 sul soccorso dei migranti: gli scenari dopo il caso Rackete.

"La pandemia di Covid-19- scrive Alarm Phone "ha permesso agli Stati di attuare misure di emergenza che limitano il diritto e la libertà di movimento, in Europa ed altrove (...) nel Mediterraneo centrale le conseguenze sono particolarmente devastanti. Queste misure, attuate con la pretesa di "salvare

viète umane”, hanno l’effetto posto: le persone sono abbandonate al serio pericolo di morire in mare”.¹⁵

La legislazione emergenziale ha inciso, dunque, sulla dimensione dei diritti fondamentali dei migranti, stando al contenuto del decreto interministeriale del 7 aprile 2020 col quale si sancisce che, per l’intera durata dell’emergenza sanitaria nazionale, i porti italiani non assicurano “i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety*”, limitatamente ai casi di soccorso effettuati da parte di navi straniere al di fuori dell’area SAR italiana.¹⁶ Coerentemente con la disposizione richiamata, il decreto adottato dal Capo di Dipartimento della protezione civile il 12 aprile 2020¹⁷ afferma che per i migranti per il quali non può essere fornito un “luogo sicuro” il soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all’assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi provvederà ad utilizzare navi per la sorveglianza sanitaria - senza specificare se le persone a bordo di tali navi possano aver diritto di sbarco nello stato che si dedicherà alla gestione della quarantena – a differenza dei migranti accolti sul territorio, sia pur ai fini di garantire da terra le misure di contenimento del contagio.

¹⁵ Assumono particolare rilevanza, in tema di soccorso in mare, i recenti fatti della nave Alan Kurdi, contenute a bordo 149 migranti, che, trascorsi 12 giorni, dopo essere stati salvati dalla O.N.G tedesca Sea Eye, vengono trasferiti sul traghetto Rubattino della Tirrenia, la nave individuata dalla Protezione civile e dalla Regione Sicilia per sottoporre al tampone i migranti in arrivo e alla quarantena obbligatoria prima della loro redistribuzione tra i paesi della Ue.

Cfr. *La scusa Covid-19: omissioni di soccorso nel Mediterraneo centrale diventano la norma. La crisi sanitaria utilizzata come pretesto per politiche di frontiera razziste*, in www.meltingpot.org.

¹⁶ “Al contempo, è stato fatto richiamo alla responsabilità dello stato di bandiera dell’unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione della convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l’Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi. Laddove, invece, il soccorso avvenga in area SAR italiana con il concorso di unità navali nazionali, resta fermo l’obbligo dell’Italia, pur nell’attuale fase emergenziale, di farsi carico dell’individuazione di ogni opportuna soluzione per la salvezza dei naufraghi e l’individuazione di idonei luoghi di sbarco e di accoglienza”. Così il Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti durante una interpellanza urgente presentata alla Camera dei Deputati il 15 aprile 2020.

¹⁷ “Ciò posto, con riferimento all’arrivo di migranti in Italia, preme evidenziare la necessità di accertare che i medesimi non presentino patologie infettive ed in particolare sintomi riconducibili al Covid-19. A tal fine sarà necessario che gli stessi vengono sottoposti prioritariamente al previsto screening da parte delle componenti autorità sanitarie, e successivamente siano applicate le misure di sorveglianza sanitaria e di isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni, come evidenziato nella circolare di questo Dipartimento n. 3393 del 18 marzo 2020. Solo al termine di tale periodo e sempre che non siano emersi casi di positività al virus, i migranti potranno, ove ritenuto necessario, essere trasferiti in altra struttura di accoglienza, previo rilascio di idonea certificazione sanitaria”. Cfr. *Misure di prevenzione Covid-19 nel sistema di accoglienza migranti*, in www.interno.gov.

Se giustamente prevedibile fosse, da un lato, che la normativa emergenziale incidesse sui diritti fondamentali dei migranti¹⁸, meno ragionevolmente comprensibile appare il contenuto di tali disposizioni richiamate, se si considerano gli ultimi approdi giurisprudenziali del noto caso Rackete che condannano la politica dei porti chiusi, ritenuta incompatibile con il diritto internazionale e interno della prassi.

Se, da un lato, il senso delle disposizioni normative richiamate è da rintracciarsi nel pericolo paventato che l'efficace applicazione delle misure per il contenimento del contagio potesse essere minacciata dallo sbarco dei migranti sulle coste italiane, dall'altro, davvero irragionevole appare la disparità di trattamento quanto alla possibilità che il soccorso venga effettuato da navi straniere fuori dalla zona Sar, permettendo invece le relative operazioni allo stato di bandiera¹⁹.

Il potere esecutivo, da una parte, con un mero atto interno amministrativo, sembra voler disinnescare l'efficacia di un obbligo internazionale, mentre, dall'altro, nella convenzione SAR non vi è traccia di alcuna disposizione in base alla quale lo Stato membro sia titolare di obbligo di fornire un P.O.S. quando il soccorso avviene fuori dalla propria zona, salve circostanze particolari.

La posizione non collaborativa dell'Italia nei confronti delle ONG straniere (e ai loro Stati di bandiera), quanto alla fornitura di un P.O.S., per le attività assistenziali e di soccorso condotte al di fuori dell'area SAR italiana, sembrerebbe espressione della cd. "politica dei porti chiusi", oramai condannata dai recenti approdi giurisprudenziali nel Caso Rackete²⁰, nel quale la Suprema corte aveva rigettato il ricorso della Procura di Agrigento avverso l'ordinanza con cui il GIP presso il medesimo Tribunale aveva deciso di non convalidare l'arresto del comandante della nave Sea

¹⁸ Comunicazione della Commissione "Covid-19, Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, 2020/C 126/02 1.3 Garantire le condizioni di accoglienza per i richiedenti asilo.

Quarantena/isolamento: molti Stati membri applicano misure di quarantena o isolamento per prevenire la diffusione de Covid-19. Tali misure non sono disciplinate dalla direttiva accoglienza. Le misure di quarantena o isolamento possono essere applicate nei confronti dei richiedenti protezione internazionale in base al diritto nazionale, purché tali misure siano ragionevoli, proporzionali e non discriminatorie. Ciò significa, in particolare, che uno Stato membro potrebbe applicare misure di quarantena o di isolamento nei confronti dei richiedenti protezione internazionale che arrivano alle sue frontiere purché applichi misure di chiesto tipo, non necessariamente identiche, nei confronti di tutte le persone provenienti da zone colpite dalla pandemia, e misure appropriate nei confronti di persone già presenti sul suo territorio.

¹⁹ Il provvedimento risulta fondato sull'assunto di "non compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura dei pazienti COVID 19". Così il Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e il trasporti, v. *supra*.

²⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sentenza 20 febbraio 2020 (ud. 16 gennaio 2020), n. 6626.

Watch 3, per il noto sbarco avvenuto nel porto di Lampedusa in data 29 giugno 2019.

In quella occasione la Corte chiarisce che l'obbligo di prestare soccorso dettato dalla convenzione internazionale SAR di Amburgo²¹ – nonché da altre fonti - non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (c.d. "place of safety", stante, ai sensi del punto 3.1.9 della menzionata Convenzione) nonché l'obbligo delle Parti contraenti di cooperare tra loro affinché sia individuato un luogo sicuro dove condurre i naufraghi, e tale non è quello libico²².

A proposito della nozione di luogo sicuro, secondo quanto indicato dalle direttive elaborate dal *Maritime Safety Committee* dell'Organizzazione Marittima Internazionale (MSC 167-78 del 2004), esso "è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale" (par. 6.12), in quanto sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative." (par. 6.13).

Coerentemente con le norme richiamate, i giudici concludono nel senso che «non può quindi essere qualificato "luogo sicuro", per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse», né può considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione

²¹ La Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (SAR, acronimo di *search and rescue*) siglata ad Amburgo il 27 aprile 1979.

²² Nelle linee guida, pubblicate a giugno del 2019, tra l'altro si legge (capitolo 2, Garantire lo sbarco in un luogo sicuro: lo sbarco delle persone soccorse in un "luogo di sicurezza" (POS, place of security) è una parte integrante di ogni operazione di salvataggio. POS, place of security, è un luogo dove la sicurezza della vita delle persone soccorse non è più minacciata, dove è radicalmente escluso il rischio di essere sottoposti a torture o trattamenti disumani o degradanti, dove i bisogni umani fondamentali (come cibo, riparo e esigenze mediche) possono essere soddisfatti, dove possono essere garantite modalità di trasporto sicuro verso la destinazione successiva o finale, dove sia escluso il respingimento verso territori in cui la vita e la libertà sono minacciate. Ciò posto, puntualizzano le raccomandazioni, «gli stati membri del Consiglio d'Europa hanno un chiaro obbligo di rispettare pienamente rispettare questo principio». Alla luce di queste premesse, le linee guida chiariscono che la Libia non può essere considerata un porto sicuro: «i migranti e i rifugiati ... sbarcati in Libia sono *routinely* sottoposti a periodi di detenzione illimitata e arbitraria, estorsioni, lavori forzati, violenze sessuali e altri trattamenti inumani e degradanti». LOSAPPIO G., *Il Caso Sea Watch 3 e l'arresto (non convalidato) della capitana Rachete*, Anatomia di un attracco, 2019.

internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave».

Qualificare come adempimento del dovere la condotta del comandante che, all'esito di una ragionevole valutazione di tutte le circostanze di specie, ha autonomamente individuato il porto sicuro dove effettuare lo sbarco, significa riconoscere che, a fronte della protratta inerzia degli Stati costieri, la tutela dei diritti fondamentali delle persone trasportate²³ deve necessariamente avere la prevalenza su ogni altro tipo di valutazione inerente alla tutela dei confini nazionali, coerentemente con quanto affermato dalle Raccomandazioni emanate nel 2019 dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, secondo cui spetta al comandante stesso – a fronte dell'inerzia delle autorità, ovvero dell'indicazione di luoghi di sbarco non sicuri (come la Libia) – stabilire dove sbarcare le persone soccorse, in base alla propria valutazione professionale sulla situazione complessivamente considerata.

Qualcuno ha ipotizzato, per gli Stati aderenti alla C.E.D.U., l'esistenza di un generale obbligo di sbarco di derivazione giurisprudenziale e la corrispondente esistenza di un diritto allo sbarco per consentire la presentazione delle domande di protezione internazionale.²⁴

Nonostante la successiva decisione di far rotta verso le coste italiane e di chiedere al relativo Centro di coordinamento l'individuazione di un p.o.s. in territorio italiano, l'Italia, dal momento che non aveva assunto il coordinamento delle operazioni, si era ritenuta incompetente fornire alla individuazione di un luogo sicuro talché la stessa la Corte E.D.U. ex art. 39 rigettava il ricorso ritenuta la non sussistenza dei requisiti di concessione del provvedimento richiesto.

²³ "In conclusione, la sentenza della Cassazione rappresenta oggi un faro dello stato di diritto nelle acque agitate della tutela dei diritti fondamentali dei migranti; un punto di riferimento, fuori di metafora, verso il quale tutti i soggetti coinvolti nell'amministrazione della "crisi dei rifugiati" (società civile, forze dell'ordine, autorità giudiziaria, istituzioni politiche) dovranno d'ora in avanti orientare le rispettive condotte". ZIRULIA S., *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresti di Carola Rackete*, in *Sistema Penale*, 2020.

²⁴ "Il condizionale è d'obbligo perché a questo punto si inserirebbe un altro interrogativo relativo all'individuazione dello specifico Stato destinatario dell'obbligo. In altre parole – ritenendo che si debba prescindere dalle regole individuate dalla Convenzione SAR – resterebbe il problema di come individuare, fra i tanti possibili, il particolare Stato costiero che deve farsi carico dello sbarco. È certamente da escludere che tale scelta possa essere lasciata alle valutazioni discrezionali dei comandanti altrimenti il "diritto di sbarco" diventerebbe un diritto di "libera scelta del porto di sbarco" il che appare del tutto ingiustificabile. Occorrerebbe piuttosto che gli Stati interessati stipulassero degli accordi dedicati a tale evenienza. Tuttavia, allo stato attuale, tale genere di accordi non esiste." MEZZASALMA E., *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3*, in *Questa Rivista*, 2020.

Su questa tematica la Suprema Corte si era sostanzialmente sottratta al dibattito, trincerandosi dietro una comoda dichiarazione di inammissibilità e lasciando, dunque, irrisolti tali questioni.

La questione, dunque, ben lungi dall'essere stata affrontata, è stata piuttosto aggirata²⁵.

4. I diritti e le libertà dei migranti nello Stato di emergenza.

Probabilmente questo punto irrisolto²⁶, avendo la Suprema Corte ricostruito una interpretazione della normativa SAR nel senso di riconoscere un diritto-dovere di accoglienza nel P.O.S. inesistente nel diritto positivo²⁷, legittimerebbe tali irragionevoli prescrizioni della normativa anti Covid-19 sullo stato di isolamento dei migranti.

La previsione introdotta con il Decreto di protezione civile del 12 aprile 2020, le misure di sorveglianza e di isolamento fiduciario in un periodo di quattordici giorni, in spazi appositi o all'interno dei centri di accoglienza o in

²⁵ "Insomma: nel diritto internazionale del mare esistono regole vincolanti che assegnano allo Stato competente per la zona SAR la 'responsabilità primaria' delle operazioni di sbarco; esistono regole vincolanti che impongono agli Stati interessati dall'evento, inclusi quelli costieri, di cooperare con lo Stato competente, condividendone quindi la 'responsabilità'; ed esiste una regola non vincolante che prescrive allo stesso Stato competente d'individuare-assegnare un 'posto sicuro'. Ma, appunto, non è rintracciabile alcuna norma che obbliga uno o più Stati interessati a consentire lo sbarco sulla terraferma delle persone tratte in salvo." VALENTINI V., *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Discrimen*, 2019.

Lo stesso autore in un diverso scritto, in merito alla vicenda della nave Alan Kurdi, di proprietà della ONG Sea Eye che vedeva indagato l'allora ministro Salvini per non aver disposto il trasferimento dei migranti in un luogo sicuro comunque di non averlo individuato e concetto, affermava medesime argomentazioni.

"Il punto, però, è che di simili 'obblighi di introiezione finale', di regole che identifichino gli Stati gravati di tali obblighi, e di criteri utili ad individuare quale debba essere il luogo di sbarco dopo il *pick up*, non c'è traccia definitiva nella legge marittima: come del resto ha sempre segnalato la migliore dottrina nostrana, e come attesta lo stesso lessico pattizio ('coordinare', 'cooperare', 'adoperarsi'), inequivocabilmente denotativo di obblighi di mezzi." VALENTINI V., *Le traiettorie della Alan Kurdi e l'archiviazione del tribunale dei Ministri. Esiste davvero un dovere di accogliere ex naufraghi sulla terraferma?* In *Discrimen*, 2019.

²⁶ "Ebbene è la sensazione è che né il G.i.p. né la Suprema Corte abbiano avuto la reale volontà di confrontarsi con tale questione. Il fatto stesso di aver trasfigurato i termini di riferimento, invertendo le posizioni di diritto ed obbligo, è già la negazione stessa del confronto". MEZZASALMA E., cit.

²⁷ Epilogo: lasciare che il concetto di 'safety' inghiotta non solo il divieto di re- spingimento, ma includa «necessariamente» anche «il rispetto dei diritti fondamentali»; asserire, cioè che lo Stato (insindacabilmente e discrezionalmente) optato dal capitano deve accogliere sulla terraferma ex naufraghi, per consentire loro di presentare una domanda di accesso ai mezzi di protezione internazionale, val quanto affermare che tutti i migranti che hanno rischiato la vita prendendo il mare vanno doverosamente condotti e doverosamente accolti sul suolo del 'più vicino' Stato sensibile al diritto internazionale dei diritti umani". FONTI R., VALENTINI V., *Il Caso Sea watch 3 e il gioco delle tre carte: una decisione che non si divide (proprio per la si comprende)*, in *Archivio Penale*, 1/2020.

altre strutture all'uopo predisposte, per i migranti soccorsi si giustificerebbe come misura eccezionale finalizzata al contenimento della epidemia e ad evitare il collasso del sistema sanitario nazionale, nonché ad una corretta gestione delle eventuali operazioni di controllo dei contagi; tuttavia, i principi di riserva di legge e di giurisdizione perimetrati dall'art. 13 Cost., come le garanzie delle fonti sovranazionali, prima tra tutte la C.E.D.U all' art. 5 comma 4., vengono anche in tale occasioni compressi.

Lo stato di emergenza sanitaria non può costituire un «pretesto» per limitare il dovuto supporto alle operazioni di soccorso in mare, in condizioni di pericolo attuale per la vita e per la salute delle persone.

Al pari le misure restrittive della libertà personale, al fine di superare il test di compatibilità costituzionale/convenzionale, devono essere adottate entro i canoni di ragionevolezza, determinatezza e proporzionalità che sostanziano il margine di apprezzamento dello Stato in ordine alla adozione di misure eccezionali.

5. Conclusioni.

In definitiva le riflessioni fin qui svolte consentono di cogliere il delicato equilibrio dei diritti e delle loro limitazioni nella dialettica tra autorità e libertà, che il penalista cerca di risolvere nell'alveo dei principi consacrati nella carta fondamentale in funzione delimitativa dell'abuso e dell'arbitrio punitivo.

A destare perplessità sotto il profilo costituzionale/convenzionale non sono dunque le misure restrittive in sé considerate, quanto piuttosto le modalità con le quali sono state adottate, con particolare riguardo al rispetto del principio di legalità formale e sostanziale e alla sede in cui diritti e interessi costituzionali sono posti sulla bilancia del potere discrezionale.

La "questione migranti" impone da sempre la predisposizione di strumenti di controllo e gestione dell'ingresso dentro le frontiere incentrati su obiettivi più di limitazione e filtro che di accoglienza e integrazione²⁸.

In una fase in cui i Paesi stanno limitando gli spostamenti transfrontalieri, è possibile comunque gestire le restrizioni ai confini secondo *standard* di accoglienza e protezione previsti dalla normativa nazionale e internazionale, adottando misure contenitive del contagio che rispettino i diritti umani e le norme internazionali di protezione dei migranti e rifugiati, soggetti

²⁸ "In particolare, sotto il primo profilo – per così dire. Strutturale, i tratti che contraddistinguono il diritto penale dell'esclusione sono offerti dalla circostanza che scopo del meccanismo repressivo non è quello di integrare, inserire, accogliere, ma piuttosto di emarginare, segregare, neutralizzare nei termini più definitivi possibili" BARTOLI R., *Il diritto penale dell'immigrazione. Strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?* AA. VV. *Ius peregrinandi, Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Eum edizioni, 2012.



“vulnerabili in modo sproporzionato rispetto al rischio di esclusione, stigma e discriminazione, in particolare quando privi di documenti”²⁹.

²⁹ The Rights and Health of Refugees, Migrants and Stateless Must be Protected in COVID-19 Response, 03/31/20.