
ADiM BLOG

Marzo 2025

EDITORIALE

***La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Diciotti:
una decisione equilibrata***

Mario Savino

Professore ordinario di diritto amministrativo
Università della Tuscia

e

Michele Trimarchi

Professore ordinario di diritto amministrativo
Università di Foggia

Abstract

Con decisione del 6 marzo 2025, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato la responsabilità del Governo per i danni morali subiti dai migranti trattenuti a bordo della nave militare Diciotti dal 16 al 25 agosto 2018. La decisione è importante per tre motivi: i) afferma la natura amministrativa e, quindi, la sindacabilità della condotta governativa, respingendo la tesi dell'atto politico; ii) stabilisce che può configurarsi un trattenimento illegittimo anche a bordo di una nave che opera il salvataggio; iii) prospetta la risarcibilità dei danni morali causati dal trattenimento, ammettendone la prova per presunzioni (che, però, va fornita). Le incertezze che affiorano, in particolare in ordine alla qualificazione del trattenimento, non intaccano l'equilibrio di una pronuncia che innova, senza tradire il principio della separazione dei poteri.

With a decision of 6 March 2025, the Court of Cassation affirmed the Government's responsibility for the moral damages suffered by the migrants detained on board the military ship Diciotti from 16 to 25 August 2018. The decision is important for three reasons: i) it affirms the administrative nature and, therefore, the justiciability of the Government's conduct, rejecting the argument that it was a political act; ii) it establishes that unlawful detention can also occur on board a ship carrying out a SAR operation; iii) it recognises the compensation for non-material damage caused by the detention, allowing evidence by presumption (which, however, must be provided). The uncertainties that emerge, especially regarding the qualification of detention, do not affect the balance of a ruling that innovates, without betraying the principle of the separation of powers.

1. Introduzione

Con [ordinanza del 6 marzo 2025, n. 5992](#), le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato la responsabilità del Governo per i danni morali subiti dai migranti trattenuti a bordo della nave militare Diciotti dal 16 al 25 agosto 2018. Durante la stagione dei “porti chiusi”, inaugurata dal Governo Conte, l’allora Ministro dell’interno Salvini decise, inizialmente, di non assegnare un porto di sbarco alla nave carica di migranti, lasciandola in mare aperto per quattro giorni; quindi, di consentirne l’ingresso nel porto di Catania, ma senza autorizzare lo sbarco per altri sei giorni, fino al raggiungimento di un accordo sulla distribuzione dei migranti in sede europea.

La richiesta di risarcimento – avanzata da un migrante eritreo per il danno patito durante i dieci giorni di restrizione della libertà personale a bordo della nave – era stata rigettata dal Tribunale di Roma, che aveva affermato l’insindacabilità della condotta governativa, qualificandola in termini di “atto politico”¹. La Corte di appello di Roma, pur riconoscendo la sindacabilità della condotta, aveva anch’essa negato il risarcimento, non essendo stati provati la colpa dell’amministrazione e il danno². Le Sezioni unite hanno, invece, ammesso la risarcibilità della pretesa, rimettendo la quantificazione del danno alla Corte di appello di Roma.

La decisione della Cassazione è importante per tre motivi: *i)* respinge la tesi dell’atto politico, affermando la sindacabilità della condotta governativa; *ii)* stabilisce che possa configurarsi un trattenimento illegittimo anche a bordo di una nave che opera il salvataggio; *iii)* ammette la risarcibilità dei danni morali derivanti dal trattenimento, consentendo la prova per presunzioni. L’analisi che segue approfondisce tali aspetti.

2. La sindacabilità della condotta del Governo

La tesi dell’atto politico, accolta dal Tribunale di Roma, poggia su un argomento *formale*, che non attiene alla sostanza del potere esercitato, ma alla sua qualificazione *medio tempore* intervenuta. L’insindacabilità deriverebbe, infatti, dalla delibera del 20 marzo 2019 con la quale il Senato ha negato l’autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona nei confronti dell’allora Ministro dell’interno. In quella delibera, il Senato ha ritenuto applicabile l’esimente del perseguimento del preminente interesse pubblico nell’esercizio della funzione di governo, prevista dall’articolo 9, comma 3, della legge costituzionale n. 1 del 1989. Secondo il Tribunale di Roma, la decisione parlamentare imprimerebbe alla condotta contestata una qualificazione di liceità che varrebbe non solo ai fini penali, ma in ogni settore dell’ordinamento giuridico.

Le Sezioni unite hanno respinto questo argomento formale, guardando alla *ratio* dell’istituto. Se la finalità dell’autorizzazione a procedere è «garantire la funzione governativa attribuendo al Parlamento il potere di sottrarre alla giurisdizione penale ordinaria determinate condotte», ne deriva una rilevanza esclusivamente penalistica dell’istituto e della qualificazione della condotta governativa. Poiché la sottrazione dell’agire politico al controllo giurisdizionale è una eccezione,

¹ Trib. Roma, ordinanza del 9 luglio 2019, n. 79590.

² Corte d’appello di Roma, sentenza del 13 marzo 2024, n. 1803.

questa non può estendersi al piano civilistico, dove si riepande il principio costituzionale della «giustiziabilità di ogni atto lesivo dei diritti fondamentali della persona, ancorché posto in essere dal Governo e motivato da ragioni politiche» (§ 13 dell'ordinanza). Una cosa è la rinuncia dello Stato a esercitare l'azione penale per una condotta legata alla funzione di governo; tutt'altra cosa è la rinuncia dello Stato a proteggere i diritti fondamentali lesi da quella condotta.

Accantonato, così, l'argomento formale, la Cassazione si sofferma sulla dimensione sostanziale, intrecciando due linee argomentative. La prima riguarda la nozione tradizionale di atto politico, che richiede, oltre all'elemento soggettivo (che l'atto promani da un organo di Governo), anche un requisito oggettivo (che l'atto sia adottato nell'esercizio della funzione di indirizzo politico e sia oggettivamente rivolto alla salvaguardia dei pubblici poteri). Muovendo dalla constatazione che la nozione di atto politico – eccezionale e recessiva rispetto al principio di giustiziabilità – riguarda «atti in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico» che attengono «alla direzione suprema generale dello Stato», la Cassazione respinge la tesi dell'Avvocatura generale dello Stato, negando che il secondo requisito ricorra nel caso in esame (§ 5.1).

La seconda, più pregnante, linea argomentativa attiene all'ulteriore requisito dell'atto politico, che, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, può essere considerato tale soltanto se non incide su diritti³. La Cassazione conferma che è possibile parlare di atto non sindacabile soltanto «se mancano situazioni qualificate differenziate o si è in presenza di interessi di mero fatto». A suo avviso, «[l]a chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione» (§ 5.1). La condizione sembra duplice – l'incidenza su diritti e l'esistenza di norme regolative del potere – ma non è così: l'esistenza di una posizione individuale da garantire e di una norma che quella posizione tutela sono due lati della stessa medaglia. È pur sempre una norma (costituzionale o legislativa) che seleziona gli interessi meritevoli di tutela, qualificandoli e differenziandoli rispetto agli interessi di mero fatto mediante previsioni che imbrigliano il potere, così da evitare interferenze arbitrarie nel godimento delle libertà individuali.

Nel caso in esame, la condotta pubblica ha inciso sulla libertà personale dei migranti, garantita come diritto fondamentale dall'art. 13 della Costituzione. E tanto basta per espungere dal quadro la nozione di atto politico. Ogni qual volta venga in rilievo la dialettica autorità-libertà e vi siano norme che regolano quella dialettica – imponendo al pubblico potere un obbligo, cui corrisponde una pretesa che il privato può azionare, a garanzia della propria libertà – la nozione di “atto politico” inevitabilmente recede.

E avanza quella di “atto amministrativo”. L'autorizzazione allo sbarco è, appunto, «un atto che esprime una funzione amministrativa da svolgere, sia pure in attuazione di un indirizzo politico» e ciò comporta che «le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo» (§ 5.2). L'implicazione ultima è che la tardiva autorizzazione allo sbarco non può essere giustificata invocando la “ragion di Stato”: non rilevano, quindi, né la *querelle* sulla spettanza dell'obbligo di soccorso insorta con le autorità maltesi, né l'*impasse* determinata a livello europeo dalla richiesta italiana di distribuzione dei migranti in arrivo.

³ In tal senso, basti richiamare Corte Cost., sentenza dell'11 aprile 2012, n. 81 e Cass. Civ., Sez. Un., sentenza del 22 settembre 2023, n. 27177.

3. *La colpa dell'amministrazione*

Respinta la tesi dell'atto politico e, con essa, la possibilità di dare rilievo giuridico alle giustificazioni politiche all'epoca addotte, il problema si sposta sul piano della liceità della condotta amministrativa, cioè della configurabilità della colpa che l'art. 2043 c.c. richiede come presupposto per la risarcibilità del danno. Da che cosa dipenderebbe la illiceità di quella condotta: dalla violazione delle norme che disciplinano le operazioni di soccorso in mare oppure dal trattenimento di fatto cui sono stati sottoposti i migranti a bordo?

Sotto il primo profilo (violazione delle norme sul salvataggio in mare), la normativa internazionale non chiarisce dove lo Stato costiero che effettua il salvataggio debba concedere un porto di sbarco e se debba farlo nel proprio territorio. Da ciò la Corte di appello ha desunto l'assenza di un obbligo certo di indicare un luogo di sbarco sicuro (*place of safety*) e di farlo entro un determinato termine. Sulla base di questo rilievo, ha considerato scusabile l'errore in ragione della «complessità e non univocità della normativa di riferimento».

La Cassazione è, tuttavia, giunta a conclusioni opposte, proponendo una diversa interpretazione delle norme internazionali sul salvataggio in mare ed estendendo il discorso sulla colpa al tema del trattenimento a bordo, rimasto in ombra nelle pronunce di merito. L'articolata argomentazione delle Sezioni unite è riassumibile nei seguenti passaggi logici.

Primo: le norme internazionali sul salvataggio in mare, pur complesse e lacunose, stabiliscono alcuni parametri di condotta che il Governo italiano ha violato. In particolare, dalla Convenzione SOLAS (1974) e dalla Convenzione SAR (1989), entrambe ratificate dall'Italia, si desume che: *i*) «la mancata attivazione dello Stato competente impone agli altri Stati di collaborare per supplire alle necessità dei naufraghi e portarli in salvo»; *ii*) lo Stato che effettua il soccorso deve organizzare lo sbarco «nel più breve tempo possibile»; *iii*) l'operazione di salvataggio può dirsi conclusa soltanto con lo sbarco nel luogo sicuro designato (POS); *iv*) l'indicazione del POS è – come riconosciuto dalla stessa Corte di appello – «un atto amministrativo endo-procedimentale dovuto, privo di discrezionalità nell'*an*», mentre, per quanto riguarda il *quomodo*, residua in capo allo Stato «un margine di “discrezionalità tecnica” solo ai fini dell'individuazione del punto di sbarco»; *v*) «ritardi nella designazione dello stesso potrebbero pertanto essere giustificati (solo) alla luce della necessità di individuarne uno adeguato alle esigenze che, caso per caso, si presentano» (§ 9). Ne deriva che una indicazione del POS manifestamente tardiva viola le norme internazionali, che la lamentata inerzia di Malta giuridicamente non rileva, e che le valutazioni politiche cui la Corte di appello ha assegnato valore «sono invece da ritenere estranee a tale ambito» (§ 10).

Secondo: a bordo della nave Diciotti, i migranti hanno subito una restrizione della loro libertà personale (§ 7), che deve ritenersi in contrasto con l'art. 5 della CEDU e l'art. 13 Cost. (§ 11). La Cassazione constata – sulla base delle informative del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, richiamate nelle memorie del ricorrente e relative alle condizioni riscontrate a bordo il 23 agosto 2018 – che i migranti non solo non potevano scendere dalla nave, ma erano sottoposti a un sistema di videosorveglianza e al controllo di agenti, anche armati, e che i telefoni cellulari erano stati loro requisiti. Il confinamento relativamente prolungato (dieci giorni), l'impossibilità di comunicare con il mondo esterno e l'assenza di libertà di movimento concorrono a configurare un trattenimento di fatto, comparabile a quello avvenuto nel 2011 a bordo di navi ancorate nel porto di

Palermo: trattenimento, in quel caso, censurato dalla Corte EDU, per violazione dell'art. 5 CEDU, nel caso *Khlaifia* (§§ 65-72 e 93-108). Richiamando quel precedente, le Sezioni unite rilevano «l'insussistenza di disposizioni mirate a tipizzare una peculiare ipotesi di trattenimento e la mancanza di un provvedimento individuale, motivato e notificato»: circostanze che, tra l'altro, «escludono la possibilità di assicurare, nell'immediato, un controllo giurisdizionale sui requisiti giustificativi della misura» (§ 11).

Terzo: la colpa delle autorità italiane deriva dal trattenimento di fatto, praticato senza copertura normativa e senza un provvedimento amministrativo impugnabile e convalidabile da un giudice, più che dall'aver ignorato i precetti ricavabili dalle norme internazionali sul salvataggio in mare o dall'aver negato ai migranti a bordo un controverso «diritto allo sbarco». Premesso che, ai fini della responsabilità civilistica, non basta accertare l'illegittimità dell'azione amministrativa, essendo la colpa comunque esclusa quando l'errore è scusabile (come nel caso di oggettiva oscurità della norma violata), la Cassazione censura la valutazione della Corte di appello, ritenendola viziata da un «errore di prospettiva», consistente appunto «nel rapportare tale valutazione alla mancata concessione del c.d. POS (*place of safety*) anziché alla restrizione della libertà personale non giustificata da provvedimenti amministrativi o giudiziari, in violazione dell'art. 13 Cost.» (§ 7). Al contrario, «non può risultare sufficiente ragione di scriminazione della condotta, sotto il profilo della colpa, l'incertezza normativa in ordine alla individuazione dello Stato competente, né la pure consentita flessibilità sulle determinazioni da adottare al momento di individuare il POS e autorizzare allo sbarco, non potendo tale flessibilità comunque risultare esente da ragionevoli limiti temporali senza altrimenti tradursi di fatto in una misura restrittiva della libertà personale, intollerabile per l'ordinamento costituzionale e sovranazionale» (§ 12.2).

4. *La prova del danno per presunzioni*

Dopo aver definito i contorni della colpa dell'amministrazione, la Cassazione affronta un ultimo aspetto: quello della risarcibilità del danno derivante dalla condotta colposa. Sul punto, la Corte di appello aveva rilevato «il difetto di allegazione, prima ancora che di prova del danno conseguenza», e aveva quindi rigettato la domanda risarcitoria, in base alla constatazione che, «nel sistema di responsabilità civile, compreso quello inerente all'attività della pubblica amministrazione, non è ipotizzabile un danno *in re ipsa*» (§ 7).

La formula “danno *in re ipsa*” allude a una responsabilità che sorge per il solo fatto di aver adottato un atto anti-giuridico lesivo di un interesse protetto (nel caso, un diritto fondamentale). La formula, però, è equivoca. A volte si parla di danno *in re ipsa* per indicare la responsabilità che prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo; altre volte per indicare la responsabilità che sorge senza (pieno) accertamento del nesso di causalità. Solo nel secondo significato la denominazione è accettabile, visto che nel primo evidentemente bisogna parlare di responsabilità oggettiva.

Prima della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 la giurisprudenza civile riteneva che la colpa dell'amministrazione fosse implicita nella adozione dell'atto illegittimo (c.d. colpa *in re ipsa*). La menzionata sentenza ha invece ritenuto che, trovando applicazione l'art. 2043 c.c., la responsabilità dell'amministrazione presuppone un accertamento specifico dell'elemento soggettivo dell'illecito. In particolare, secondo questa storica pronuncia, la colpa si configura «nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo [...] sia avvenuta in violazione delle regole

di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi» (c.d. colpa d'apparato).

In realtà la colpa così intesa finisce ancora una volta per esser assorbita dall'illegittimità del provvedimento, quantomeno quando esso è viziato da eccesso di potere. Per questa ragione la giurisprudenza successiva, soprattutto del giudice amministrativo, ma non solo, ha parzialmente cambiato impostazione e ritiene che la violazione del diritto integri la colpa quando dipende da «inescusabili negligenze» ovvero «errori interpretativi manifestamente gravi». In concreto, la violazione si ritiene grave quando l'errore dell'amministrazione è inescusabile. L'errore si presume inescusabile, ma l'amministrazione può superare questa presunzione dimostrando che il quadro normativo fosse estremamente complesso, che le circostanze da considerare fossero oscure, al punto da "scusare" l'errore commesso⁴.

Nel nostro caso, come si è visto (*supra*, § 3), la Cassazione ha affermato il carattere colposo della condotta dell'amministrazione, spiegando che, ancorché complesso, il quadro normativo era chiaro; e che altrettanto certa è la violazione della libertà fondamentale. Non vi sono, perciò, i presupposti per configurare l'errore scusabile. Sicché opera la presunzione di colpevolezza di cui sopra.

Ciò chiarito, la risarcibilità dipende dal nesso di causalità tra la condotta colposa e il danno conseguente. In termini generali, la Cassazione e il Consiglio di Stato applicano alla responsabilità della pubblica amministrazione la distinzione tra rapporto di causalità giuridica (rapporto tra condotta illecita e lesione dell'interesse giuridico, detto anche "danno evento") e rapporto di causalità materiale (rapporto tra lesione dell'interesse giuridico e conseguenze patrimoniali o non patrimoniali apprezzabili, detto "danno conseguenza")⁵.

Per aversi responsabilità non basta dunque il fatto illecito, cioè la condotta antiggiuridica, la lesione dell'interesse, il nesso di causalità tra l'una e l'altro e, infine, l'elemento soggettivo. Occorre anche che si determini una perdita o ammanco materiale nella sfera del danneggiato, causalmente riconducibile al fatto illecito, detta solitamente "danno conseguenza" (tipicamente, questo secondo nesso di causalità si esclude in presenza di concause della perdita). Altrimenti si risarcirebbe, appunto, un danno *in re ipsa*.

Venendo alla nostra questione, l'accertamento della causalità materiale per la verifica del "danno conseguenza" è obiettivamente improbo nel caso del danno non patrimoniale morale, stante la dimensione «eminentemente soggettiva e interiore» del pregiudizio. Pertanto, non pare irragionevole, né è una novità⁶, ritenere che in questo caso la prova possa esser data attraverso il ricorso a massime d'esperienza che integrano presunzioni, come afferma l'ordinanza in esame. E infatti, «non solo non si ravvisano ostacoli sistematici al ricorso al ragionamento probatorio fondato sulla massima di esperienza specie nella materia del danno non patrimoniale, e segnatamente in tema di danno morale, ma tale strumento di giudizio consente di evitare che la parte si veda costretta, nell'impossibilità di provare il pregiudizio dell'essere, ovvero della condizione di afflizione fisica e psicologica in cui si è venuta a trovare in seguito alla lesione subita, ad articolare estenuanti

⁴ Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n.8165; Cons. Stato, sez. II, 26 aprile 2021, n. 3334; Cons. Stato, sez. III, 18 giugno 2020, n. 3903; Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 909; Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2019, n. 7602.

⁵ Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, che aderisce all'orientamento generale della giurisprudenza civile: Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28986.

⁶ Si v., ad esempio, Cass. Civ., sez. III, 10 novembre 2020, n. 25164.

capitoli di prova relativi al significativo mutamento di stati d'animo interiori da cui possa inferirsi la dimostrazione del pregiudizio patito» (§ 14)⁷.

Vero, però, è che, anche a proposito del danno morale, la giurisprudenza è solita ripetere che è inammissibile il risarcimento del danno *in re ipsa*⁸. Bisogna chiedersi cosa significhi tale formula in questo specifico contesto, cioè rispetto a danni che per propria natura non possono essere oggetto di prova in termini rigorosi e per i quali si ammette il ricorso a presunzioni. A questo riguardo, è stato osservato persuasivamente che «al di là delle formule [...], anche quando un danno corrisponderebbe all'andamento normale delle cose, può, in casi particolari, non sussistere effettivamente, e comunque la sua liquidazione richiede un adeguamento al caso concreto». E ancora: «per quanto riguarda il danno morale, è ovvio che la sofferenza interiore non può essere oggetto di prova; la prova ha per oggetto la lesione di una situazione giuridica personale [...] la quale può implicare senz'altro una presunzione di "danno morale"; questa, peraltro, in situazioni anomale potrà essere contrastata da una prova contraria: per esempio, la prova che i rapporti dell'ucciso con il coniuge superstite fossero pessimi, così da escludere l'accertamento di una sofferenza di quest'ultimo. Analogo discorso vale per la generalità dei danni non patrimoniali»⁹.

Nel caso di specie sembra, quindi, corretto ammettere la prova per presunzioni. La formula secondo cui "il danno *in re ipsa* non merita risarcimento" assume in questa materia il significato di richiamare a una valutazione di contesto, anche equitativa (art. 1226 c.c.), volta a escludere o ridurre il danno presunto se ricorrono concause o comunque in presenza di prova contraria. La Corte d'appello potrà e dovrà svolgere questo genere di valutazioni, che non sono in contrasto con l'operatività delle presunzioni (giustamente) ritenute applicabili dalla Cassazione.

5. Tre dubbi e una certezza

La ricostruzione proposta dalla Cassazione appare, nel complesso, convincente, ma lascia aperti tre dubbi. Il primo si collega al risarcimento del danno. Le Sezioni unite hanno stabilito che il danno morale può essere provato in via presuntiva e hanno rinviato la decisione di merito alla Corte di appello di Roma, che dovrà quantificare il danno risarcibile. Tale Corte, però, nel giudizio d'appello aveva già riconosciuto che, in casi come quello in esame, l'onere della prova «può essere assolto anche mediante il ricorso alle presunzioni previste dell'art. 2729 c.c.». Sotto questo profilo, dunque, l'ordinanza della Cassazione non detta un parametro di giudizio diverso da quello già applicato. Su quali basi, allora, si dovrebbe giungere, questa volta, a un risarcimento del danno? È vero che le Sezioni unite hanno cassato la pronuncia di appello sotto il profilo della configurabilità della colpa dell'amministrazione, respingendo l'argomento dell'errore scusabile in base a una diversa interpretazione delle norme internazionali sul salvataggio in mare. Ma basterà, questo elemento differenziale, ad assicurare al migrante eritreo un risarcimento del danno patito?

Nella sentenza di appello del 13 marzo 2024 la corte capitolina ha chiarito che, pur potendo la prova del danno basarsi su presunzioni, comunque «spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno e della sua entità»: provare il danno, sia pure per presunzioni, è «un obbligo ineludibile sicché, quando il soggetto onerato dell'allegazione e della prova dei fatti non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.*», giacché tale norma

⁷ Nello stesso senso, Cass. Civ., Sez III, sentenza del 28 settembre – 10 novembre 2020, n. 25164, cit.

⁸ Cass. Civ., Sez. III, sentenza del 17 gennaio 2018, n. 901.

⁹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 589.

«presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito e non può essere diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio». Sotto questo profilo la pronuncia d'appello non è stata cassata. Le Sezioni unite hanno, anzi, adesivamente affermato che «[i]n tali casi ad un puntuale onere di allegazione [...] non corrisponde, pertanto, un onere probatorio parimenti ampio». Anche per la Cassazione, dunque, i) l'onere probatorio, benché meno ampio, va assolto e ii) va assolto anche l'onere di allegazione, sul quale l'attenuazione dell'onere probatorio non incide.

Alla luce di ciò, l'analisi del ricorso sarà dirimente. Se i giudici romani dovessero ribadire quanto già da essi rilevato in appello – cioè che «[n]el caso di specie gli appellanti non hanno allegato né provato, nemmeno per presunzioni, i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dai ricorrenti a seguito del trattenimento sulla nave "U. Diciotti"» – l'astratta risarcibilità del danno, affermata dalle Sezioni unite, potrebbe non tradursi, nel caso concreto, in un effettivo risarcimento.

Il secondo dubbio riguarda i criteri di qualificazione del trattenimento. Sul punto, come si è visto (*supra*, § 4), l'ordinanza della Cassazione si limita a prendere atto delle restrizioni alla libertà di movimento e di comunicazione dei migranti a bordo, riscontrate dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute nella fase in cui la nave era ancorata nel porto di Catania. Ma alcuni interrogativi restano inevasi. Quali restrizioni sono decisive ai fini della configurabilità del trattenimento a bordo di una nave? A partire da quale momento? Dall'ancoraggio della nave in porto, senza che sia consentito lo sbarco, o anche prima, durante la navigazione?

L'ordinanza delle Sezioni unite non chiarisce, inoltre, se e quando vi sia stato, nel caso *Diciotti*, un "salto di qualità" rispetto alle restrizioni usualmente imposte a bordo nell'ambito delle operazioni SAR condotte dalle autorità statali. Si tratta di un aspetto rilevante sia in relazione alla prassi del Governo in carica di assegnare alle operazioni SAR punti di sbarco meno prossimi; sia in relazione alle operazioni di salvataggio che terminano con la conduzione dei migranti nei centri di trattenimento italiani in Albania. Entrambe le fattispecie sembrerebbero compatibili col riconoscimento all'amministrazione di una discrezionalità tecnica relativa al "quomodo", cioè alle modalità di determinazione del luogo di sbarco. Tuttavia, comportando l'allungamento dei tempi di navigazione, la scelta di porti più lontani potrebbe complicare le condizioni di sicurezza a bordo e richiedere un inasprimento dei sistemi di sorveglianza. Quand'è, allora, che quell'inasprimento determina un trattenimento? E, se ciò avviene, si potrebbe ipotizzare l'adozione, da parte delle autorità a bordo, di provvedimenti amministrativi convalidabili da un giudice? Verosimilmente no, con la conseguenza che il trattenimento diverrebbe *ipso facto* arbitrario. Il che rafforza la necessità di individuare la soglia del trattenimento.

Il terzo dubbio è se, ai fini della colpa, l'erronea applicazione delle norme internazionali sul salvataggio rilevi oppure no. La Cassazione punta l'indice sul trattenimento di fatto, ma solo dopo aver analiticamente ricostruito i precetti del diritto internazionale del mare che vincolano la funzione SAR dello Stato costiero: la violazione di tali precetti incide, e come, rispetto alla configurabilità della colpa amministrativa?

Dall'ordinanza non si evince una risposta univoca. Ciò nondimeno, pare consequenziale, rispetto all'argomentazione sviluppata dalle Sezioni unite, ritenere che, ai fini della configurabilità di un trattenimento a bordo, contino non soltanto la natura e l'intensità delle restrizioni imposte, ma anche la finalità perseguita. Se le restrizioni imposte sono funzionali (e proporzionali) al raggiungimento del fine proprio delle operazioni SAR, consistente nella conduzione dei naufraghi in un punto di

sbarco sicuro, dovrebbe escludersi la configurabilità di un trattenimento. Se invece il nesso di funzionalità si interrompe, perché la condotta delle autorità che coordinano l'operazione viene ad essere condizionata da altri fattori, estranei alla (e non consentiti dalla) funzione amministrativa di salvataggio, è a partire da quel momento che le restrizioni cessano di essere giustificate da un fine lecito e divengono un esercizio arbitrario di potere "sui corpi" dei naufraghi. È appunto il controllo sui corpi esercitato a bordo *per fini impropri* a determinare «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale», come recita la nota sentenza n. 105 del 2001 della Corte costituzionale, che le Sezioni unite richiamano (§ 12.2).

Accordare rilevanza al fine della restrizione consentirebbe di superare entrambi i dubbi da ultimo evidenziati. La violazione delle norme internazionali sul salvataggio in mare sarebbe decisiva nel segnalare l'eterogeneità dell'unico fine consentito, cioè la conduzione dei naufraghi in un porto sicuro: sarebbe quello l'indice rivelatore di uno "sviamento di potere" nella conduzione dell'operazione SAR, ossia il criterio che consente di ritenere non più proporzionata e, quindi, arbitraria l'adozione a bordo di misure che comprimono la libertà personale. Qui diviene rilevante l'intreccio tra le norme di garanzia della libertà personale e le norme internazionali sul salvataggio in mare, nella misura in cui la violazione delle prime dipende anche dalla violazione delle seconde.

La Cassazione non è forse riuscita a dipanare compiutamente questo intreccio, ma è comunque riuscita a veicolare un chiaro messaggio di fondo: se il controllo sui fragili corpi dei naufraghi a bordo diviene strumento di pressione politica su altri Paesi, com'è accaduto nella circostanza, si realizza una indebita interferenza della "ragion di Stato" nello svolgimento di una operazione SAR. È per questo (e da quel momento) che le restrizioni imposte alla libertà personale dei naufraghi a bordo non possono più trovare una giustificazione sul piano giuridico. È cioè la strumentalizzazione dei corpi a fini politici che determina una inaccettabile mortificazione della dignità umana, non consentita dall'art. 13 Cost. Ed è appunto in questa strumentalizzazione che si condensa, in ultima istanza, la colpa dell'amministrazione.

6. *Attivismo giudiziario e separazione dei poteri*

Per alcuni decenni, in Europa e nei suoi Stati membri, le corti hanno manifestato una propensione all'«attivismo» nella protezione dei diritti dei migranti: un *favor* per interpretazioni garantiste, teso a correggere la strutturale tendenza della legislazione (nazionale ed europea) a privilegiare gli interessi dei cittadini rispetto a quelli degli stranieri e, di conseguenza, a imporre crescenti restrizioni alle libertà dei secondi (per questo ordine concettuale, si veda [qui](#)). Quella stagione di «dinamismo dei diritti umani» sembra, però, tramontata. In una materia politicamente saliente come l'immigrazione, è sempre più difficile – per giudici attenti a non varcare i confini del loro ruolo – assumere una posizione contraria ai governi quando quella posizione non è "imposta" dalla legge, ma richiede un'interpretazione, appunto, "dinamica" dei diritti ([D. THYM](#)).

Eppure, nel caso esaminato, la Cassazione ha assunto una posizione scomoda, affermando con nettezza – al di là di quale sarà l'esito risarcitorio, come si è visto, dubbio – la colpa del Governo. La decisione è giunta in un momento di tensioni già forti tra magistratura ed esecutivo sul versante dell'immigrazione, sia per l'intreccio con l'analogo caso *Open Arms*, per il quale l'allora Ministro dell'interno Salvini è stato assolto in primo grado (su tale intreccio, [L. MASERA](#)); sia per lo scontro ancora aperto sul tema dei Paesi di origine sicuri, che ha finora vanificato l'esperimento

extraterritoriale in Albania (per gli ultimi sviluppi, si veda [qui](#)). Ne sono derivati nuovi attacchi da parte di vari esponenti del Governo, ai quali la Presidente della Cassazione ha risposto in modo perentorio, con un fermo richiamo alla «divisione dei poteri su cui si fonda lo Stato di diritto».

Tuttavia, la decisione non sembra prefigurare un ritorno al *judicial activism*. La Cassazione si premura, infatti, di giustificare il proprio intervento all'interno di una equilibrata logica di separazione dei poteri. Da un lato, nell'ordinanza si afferma che il giudice è, «per statute costituzionale, garante della legalità, e quindi non arretra là dove gli spazi della discrezionalità politica siano circoscritti da vincoli posti da norme che segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'azione di governo». Là dove vi è una norma, il sindacato sul suo rispetto è doveroso, a garanzia delle posizioni individuali che sono l'oggetto precipuo del sindacato giurisdizionale. Dall'altro lato, si ribadisce, in modo del tutto conseguente, che «in assenza di un parametro giuridico alla politica, il sindacato deve arrestarsi: per statute costituzionale, il giudice non può essere chiamato a fare politica in luogo degli organi di rappresentanza. Lo preclude il principio ordinamentale della separazione tra i poteri» (§ 5.1).

Dalle pronunce dello scorso dicembre sulla designazione governativa dei Paesi di origine sicuri¹⁰, alla sentenza del 15 gennaio sulla “non giustiziabilità” della clausola discrezionale prevista dal regolamento Dublino¹¹, fino alla decisione in commento, il principio della separazione dei poteri sembra costituire il *fil rouge* che sorregge e ispira l'azione della Suprema Corte. Quel principio postula la piena indipendenza della magistratura, minacciata dalle pulsioni illiberali sempre più visibili nelle nostre democrazie. Ma richiede anche che ciascun potere non si sovrapponga agli altri e resti nello spazio ad esso assegnato dalla Costituzione. Ciò vale per la stessa magistratura, che deve saper svolgere il proprio compito – tutelare i diritti nel caso concreto – nei limiti della legge e nel rispetto degli obiettivi che la stessa legge persegue. Non è un caso che, in questa serie di pronunce politicamente sensibili, la Cassazione ponga in primo piano, tra i criteri interpretativi, quello teleologico: è la salvaguardia della *ratio legis* che segna il punto oltre il quale la funzione giudiziaria rischia di travalicare i propri confini. Evitare interferenze indebite è, per la magistratura, il primo modo per preservare la propria indipendenza.

Per citare questo contributo: M. SAVINO e M. TRIMARCHI, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Diciotti: una decisione equilibrata*, ADiM Blog, Editoriale, Marzo 2025.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. I, sentenza del 19 dicembre 2024, n. 14533 e ordinanza del 30 dicembre 2024, n. 22146, commentate [qui](#).

¹¹ Cass. civ., sezioni unite, sentenza del 15 gennaio 2025, n. 935.