GIUSTIZIA INSIEME

Diritti Umani

IL MARE DEI DIRITTI UMANI(atti del convegno) La qualificazione giuridica delle persone soccorse in mare. di Rosa Emanuela Lo Faro

di Rosa Emanuela Lo Faro

2 giugno 2020

Prosegue la pubblicazione degli atti del convegno organizzato dal COA di Milano sul tema Il mare dei diritti umani.

La redazione di Giustizia Insieme augura oggi buona festa della Repubblica ai suoi lettori, ricordando che secondo la nostra Costituzione, quando sono in gioco i diritti inviolabili dell'uomo, il cittadino e lo straniero sono sullo stesso piano (Corte cost. sent. 18 luglio 1986, n. 199).

Convegno "Il mare dei diritti umani"

La qualificazione giuridica delle persone soccorse in mare.

di Rosa Emanuela Lo Faro

Buon pomeriggio a tutti, Presidente , grazie per l'invito.

Mi occupo di migranti e richiedenti asilo da circa 21 anni, nel corso della mia attività forense ho difeso tantissimi stranieri.

Ho partecipato, in tema di migranti, all'evoluzione legislativa in termini pratici che è iniziata nel 1998 con la legge Bossi-Fini .

In Italia, non sapendo come risolvere il problema migratorio, i politici hanno varato delle leggi che, dapprima hanno creato tantissime persone irregolari, per poi risolvere il problema con una serie infinita di regolarizzazioni delle persone straniere, infatti. Si consideri le regolarizzazioni degli anni 1999/2000, 2002, 2009 , 2011/201.

I primi eventi di imbarcazioni pieni di naufraghi che mi hanno coinvolto professionalmente si sono svolti a Siracusa, Catania, Trapani Agrigento, nel lontano 2001 e 2002. A quell'epoca non esisteva il reato di procurato ingresso di migranti clandestini, previsto e punito oggi dall'art.12 d.lgs 286/98 , ma il solo favoreggiamento della immigrazione clandestina.

Le pene previste erano lievi , pensate che un soggetto imputato di tratta di migranti poteva accedere ad un patteggiamento con una pena massima di due anni con sospensione condizionale della pena, l'attuale normativa contiene, invece, pene che vanno da 5 a 15 anni , con aggravanti di aumento da un terzo sino alla metà delle pena .

Oggi tutto questo è stato modificato con interventi politico-legislativi contro i trafficanti, che ormai sono considerati alla stessa stregua dei mafiosi, infatti a pena definitiva non sono previsti i benefici delle misure alternative alla detenzione.

La Sicilia è stata sempre terra di sbarchi, essa è l'isola in cui la tratta dei migranti si apre e transita per e verso l'Europa.

La mia attività difensiva ha interessato anche le attività delle navi umanitarie, comunemente definite Organizzazione non governative .

Prima della difesa delle ONG la mia esperienza diretta è nata con i migranti sbarcati.

Secondo i miei trascorsi ed esperienze professionali, durante gli sbarchi, i migranti venivano portati in centri di raccolta, che a volte coincidevano con alcune scuole, ed immediatamente identificati.

Il giorno dopo, alcuni di essi venivano rimpatriati con voli charter , mentre altri venivano condotti in centri dei richiedenti asilo.

Solo in questi centri dopo aver ricevuto tutte le informazioni legali, i migranti avanzavano la richiesta di asilo politico ed allora iniziava l'iter della domanda .

Il Migrante appena sbarcato non veniva informato dei propri diritti e dei propri doveri. L'attività preminente consisteva nella identificazione del soggetto , nel contatto con l'ambasciata di origine per poter identificare e rimpatriare il medesimo , senza che potesse applicarsi la convezione di Ginevra e il principio del non respingimento.

Con il passare del tempo L'Italia ha modificato la legislazione anche su sollecito delle direttive europee quali : la direttiva rimpatri del 2013 e quella relativa ai richiedenti asilo e il migrante ha avuto accesso più facilmente alle procedure di asilo.

Professionalmente ho assunto la difesa della Open Arms nel marzo del 2017 .

I salvataggi operati dalla ONG avvenivano di concerto con il centro di coordinamento del Comando della Guardia Costiera di Roma , la guardia di Finanza , la polizia di Stato e la Capitaneria di Porto del luogo dello sbarco.

Dopo il sequestro della Juventa le navi umanitarie subivano una serie di controlli , ispezioni e divieti sino al punto che l'equipaggio ed il comandante hanno preteso e chiesto ai loro armatori una tutela legale .Vi ricordo che il comandante di una imbarcazione è personalmente responsabile penalmente della nave del suo equipaggio e dei passeggeri.

Le ONG salvano e continuano a salvare Vite Umane, ovvero uomini, donne e bambini, di qualsiasi sesso , età, condizione sociale e cittadinanza. Sono nate per collaborare con gli Stati e non per contrastarli.

Un primo quesito che ci siamo posti appena assunta la difesa delle nave umanitarie era quale fosse la qualifica da attribuire alla nave umanitaria e quale fosse la qualifica giuridica da attribuire alle persone soccorse.

Soltanto nella rivista diritto immigrazione e cittadinanza , fasc nr.3 /2017, pag.27 , in occasione del codice di condotta varato dall'allora Ministro Minniti abbiamo condiviso delle considerazioni giuridiche circa la qualificazione da attribuire alle ONG non statali. Irini Papanicolopulu scrive che "alle ONG sono state attribuite delle funzioni pubbliche per svolgere compiti di soccorso e tali compiti sono dovuti alla inerzia degli Stati."

Da questo concetto, nel corso dell'attività difensiva si è cercato di affermare il principio che le Ong sono delle organizzazioni private incaricate di un pubblico servizio e paragonabili alle autoambulanze del mare che soccorrono persone in difficoltà ed in pericolo di vita e li portano in codice rosso nel primo porto più vicino e sicuro.

L'altro problema riguardava le persone soccorse, quest'ultime come si possono qualificare?

La politica propagandistica negazionista delle migrazioni ha attaccato sempre le persone che si sono spostate da un continente ad un altro, utilizzando il termine " clandestino". Termine che nel corso degli anni ha assunto un significato dal contenuto spregevole, tendente a definire *clandestino*[dal lat. clandestinus (der. dell'avv. clam «di nascosto»),colui che entra in un paese di nascosto contro le leggi.

Il termine contiene un giudizio negativo aprioristico, suggerisce l'idea che il migrante agisca al buio, di nascosto, come persona sgradevole . È un termine giuridicamente sbagliato per definire chi tenta di raggiungere l'Europa e non ha ancora avuto la possibilità di fare richiesta di protezione internazionale, e chi invece ha fatto la richiesta ed è in attesa di una risposta (i migranti / richiedenti asilo); ed è un termine giuridicamente sbagliato anche per definire chi ha visto rifiutata la richiesta d'asilo e ogni altra forma di protezione (gli irregolari).

Le persone che entrano nei paesi attraverso il mare devono essere distinte dalle persone che entrano in un paese dalla terra ferma, per una serie di ragioni:

1) la vita in mare è quasi sempre in pericolo;

2) Il mare e il moto ondoso sono imprevedibili , cambiano da un momento all'altro;

3) Le condizioni di navigazione e i natanti sono insicuri;

4) Molto spesso i natanti sono sovraccarichi di persone e senza protezione;

5) Nel corso del 2019 ci sono già stati 950 morti in mare;

6) I trafficanti creano dolosamente le condizioni per il soccorso;

L'attraversamento terrestre non ha nessun rischio, non mette in pericolo di vita il migrante, tranne casi limite (si pensi ai migranti nascosti sotto i tir, o quelli che attraversano la rotta balcanica boschiva).

Da queste considerazioni possiamo dedurre che nell'attraversamento marino del migrante quando si presenta un caso di stress ovvero di soccorso, siamo in presenza di un naufragio e le persone possono essere qualificate "Naufraghi", mai clandestini.

Il naufrago è quello che ha bisogno di aiuto perché la sua imbarcazione sta affondando . Da un momento all'altro affoga in acqua.

I migranti sbarcati dalle ONG sono prima persone, umani e naufraghi, indipendentemente dal visto di ingresso in uno stato o dal permesso di soggiorno.

Con l'avvento della politica di destra questa definizione non è stata percepita, anzi si è adottata la politica dei porti chiusi alle ONG, le quali, a detta del Ministero dell'interno di destra, da collaboratori sono diventati , traghettatori di clandestini e di fatto bloccati per 14 giorni dinanzi al porto di sbarco più vicino e nell'ultimo soccorso avvenuto da parte dell'Open Arms si è avanzata da parte dei naufragi a bordo della nave, la richiesta di protezione internazionale.

Il collegio di difesa per risolvere il problema delle accuse ministeriali , che a bordo vi erano esclusivamente clandestini , ha cercato di far esprimere le volontà dei migranti dalla imbarcazione in modo tale che lo Stato ricevente la domanda potesse aprire una posizione giuridica di protezione internazionale.

I nostri avvocati spagnoli hanno avanzato le richieste di asilo dei minori stranieri che si trovavano a bordo della nave Open arms e la Spagna a seguito di queste richieste ha mandato una nave militare per prendere in carico i migranti.

Ovviamente tale modus operandi non deve esser la regola. Si deve dare la possibilità a tutti i migranti di raccontare la propria storia e il proprio vissuto e permettere loro di avanzare le domande dopo una adeguata informazione, a terra , dopo l'approdo.

I naufraghi non possono essere classificati clandestini per un altro ordine di ragioni.

Qualificare nel modo giusto le persone soccorse ha rilevanza anche nei processi penali . Invero, la legislazione del 2017 ci dà una mano:

- L'art 10 ter (D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) è stato varato per indicare le disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio.

Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142.

Presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in

altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito.

Lo straniero soccorso è un naufrago e non un clandestino.

A Catania ci sono stati tantissimi processi e Va qui segnalata la giurisprudenza, sul punto, che ne è conseguita:

la questione si era posta in concreto in relazione a misure coercitive richieste dalla Procura di Catania nei confronti dei cd. scafisti, sulla base di dichiarazioni rese da singoli migranti sentiti come persone informate sui fatti.

Ebbe il suo epilogo dinanzi al tribunale del riesame di Catania, il quale aveva accolto la tesi della Procura, e cioè che nel caso di specie i migranti potevano essere sentiti come persone informate sui fatti in quanto nei loro confronti non erano ipotizzabili indizi di reità per il invece reato ex art. 10 *bis.*

L'art. 10 Bis d. lg. n. 286/98, introdotto nel T.U. immigrazione dall'art. 'art. 1, comma 16, lett. A) della l. 15 luglio 2009, n. 94.

punisce con la pena della ammenda da 5.000 a 10.000 euro (non oblazionabile) la semplice presenza o ingresso illegale, senza che vi sia stato alcun provvedimento relativo all'espulsione o allontanamento.

Si tratta una condotta attiva istantanea che si consuma con il varcare illegalmente i confini nazionali, come ricorda la Corte costituzionale (n. 250/2010).

Il problema si pone, sia per i trafficanti o scafisti, sia per i migranti , nel caso in cui l'imbarcazione venga soccorsa in altro mare, e l'ultimo segmento della condotta di ingresso venga posta in essere non dagli stranieri, ma dalle navi di soccorso, che è, poi, attualmente la modalità più frequente,

Detta situazione determina la mancata applicazione del citato articolo .

A partire dal 2014, in effetti, le modalità utilizzate dai trafficanti per portare a compimento i delitti, finalizzate di traffico di migranti sono radicalmente cambiate.

Esse prevedono, tra l'altro, la volontaria messa in pericolo della vita dei migranti al fine di ottenere l'intervento dei soccorsi. La Corte di Cassazione ha risolto il problema in tema di giurisdizione affermando la propria giurisdizione per il reato ex art. 12.

Ci si può domandare se, in tal caso, si realizzino i presupposti di applicazione del reato di cui all'art. 10 bis.

L'art. 10 bis è ipotesi contravvenzionale, punita con la sola ammenda, che si consuma con l'ingresso nel territorio dello Stato e non con la sola determinazione ad entrarvi.

Trattandosi di reato contravvenzionale, non è punibile il tentativo.

Per il Tribunale di Catania il reato contravvenzionale di ingresso nel territorio dello Stato si consuma, in conclusione, solo con il volontario ingresso;

Le persone soccorse fuori delle acque territoriali non hanno commesso alcun reato e non devono essere iscritte nel registro degli indagati;

esse sono sentite quali persone informate sui fatti e poi testimoni.

Il tema è stato delicato e controverso. Si sono registrate, nella giurisprudenza di merito e di legittimità, orientamenti contrastanti, con la conseguenza che :

gli stranieri trasportati vengono sentiti, talora, quali persone informate sui fatti (cfr.: Cass., 18 aprile 2016, n. 1383; Cass., 1 ottobre 2015, n. 2595; Cass., 21 settembre 2011, n. 2701 ;) e, talaltra, quali indagati del reato di ingresso irregolare nel territorio dello Stato (cfr.: Cass., 17 marzo 2016, n. 25613; Cass., 22 maggio 2014, n. 37215; Cass., 10 maggio 2012, n. 22643, Andriietes, CED 252741).

La questione viene cristallizzata della sentenza della Corte di cassazione, SS.UU., sent. 28 aprile 2016, n. 40.517

Le dichiarazioni spontanee dei migranti soccorsi in acque internazionali e portati sul territorio italiano che identificano un soggetto quale responsabile del reato di immigrazione clandestina, all'interno del processo penale possono essere valutate quali dichiarazioni testimoniali non configurandosi l'ipotesi della cosiddetta chiamata in correità – motivo per il quale tali dichiarazioni non necessitano di essere valutate insieme ad altri elementi probatori che confermino riscontri oggettivi – posto che il loro ingresso in Italia non rappresenta il reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. n.286/98.

" Non possono, dunque, essere considerati migranti entrati illegalmente nel territorio dello Stato per fatto proprio e l'ipotesi contravvenzionale non consente di configurare il tentativo d'ingresso illegale.

Non può, d'altro canto, ipotizzarsi che il pericolo di vita cui era conseguita l'azione di salvataggio che ne aveva comportato l'ingresso e la permanenza per motivi umanitari nel territorio dello Stato fosse stato evenienza dagli stessi prevista ed artatamente creata; d'altra parte, il fatto che la Procura della Repubblica avesse già negato il nulla osta all'esecuzione dell'allontanamento dal territorio nazionale e reso parere favorevole per la concessione del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 d.lgs. n. 286 del 1998 non consente di ritenere, quanto meno allo stato, illegale né tanto meno illecita la loro permanenza in Italia .

E se il loro ingresso non configura il reato di clandestinità previsto dal 10bis Dlgs 286/98, si deve ritenere che le ONG salvano persone che non sono " clandestine" in quanto non è possibile denunciarne la condotta.

Pertanto, le ONG non possono essere accusate di aver trasportato clandestini, ma di aver soccorso persone che si trovavano in uno stato di necessità, in pericolo di vita venendo meno ogni accusa relativa all'ex art 12 sia per la pena la multa per ogni straniero trasportato.