volerelaluna LA POLITICA PUNTOACAPO

Le ONG in acque agitate

Autore: Stefano Greco

La richiesta di archiviazione della Dda di Palermo di fine maggio e resa pubblica a giugno segna l'ultimo capitolo di una elaborazione giurisprudenziale che si va piano piano e faticosamente formando in Sicilia intorno alle vicende dei soccorsi in mare operati dalle ONG.

La sensazione che si avverte è di una certa difficoltà e fatica nel coniugare insieme il diritto internazionale, in materia di soccorso, il diritto penale, in materia di reati associativi finalizzati al favoreggiamento dell'immigrazione, il diritto umanitario, rappresentato dalla Convenzione di Ginevra, dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e i principi ordinari del diritto della navigazione.

Il dibattito si è sviluppato necessariamente in Sicilia, ma coinvolge anche altri uffici giudiziari, quali il Tribunale di Roma, responsabile per i fatti svolti fuori dalle acque territoriali; il Tribunale militare di Roma per i fatti commessi dai militari; il Tribunale di Milano, che eccezionalmente si è occupato di Libia e dei luoghi di detenzione.

La richiesta di archiviazione formulata dalla Procura di Palermo sicuramente rappresenta un tentativo encomiabile di ricostruzione della materia, meritevole di mettere ordine tra i vari istituti e individuare dei criteri guida per orientarsi. Così come aveva già fatto a metà aprile il gip di Ragusa rigettando le istanze della propria Procura e il Tribunale del riesame, in sede, respingendo l'appello contro quella decisione.

Possiamo osservare che i magistrati al proprio interno hanno intavolato un dibattito costruttivo tra le istanze di sicurezza e controllo dei traffici da una parte e i diritti umanitari e di tutela della vita umana in mare dall'altra, spingendosi anche, come ha fatto Milano, ad analizzare il contesto libico.

Le decisioni di Ragusa hanno giustamente evidenziato che le ONG che operano sotto il coordinamento della Guardia costiera italiana e del relativo IMRCC (*Italian maritime rescue coordinate center*) difficilmente per tale fatto possano essere incriminate di favoreggiamento dell'immigrazione, condotta incompatibile con una entrata autorizzata nelle acque nazionali e con lo sbarco in un porto, anch'esso indicato da IMRCC, e la consegna dei medesimi immigrati alle forze dell'ordine.

La Procura di Palermo invece pone l'attenzione sull'applicazione delle scriminanti dell'art. 51 (esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere) e l'art. 54 (lo stato di necessità) del codice penale, richiamato anche dall'art. 12, comma 2 d.lgs 286/98. Le scriminanti in parola eliderebbero l'antigiuridicità e la mancanza di collusioni con i trafficanti farebbero il resto.

La Procura di Catania, nel convegno recentemente svoltosi nella medesima città, osserva che da quando sono intervenute nel Mediterraneo centrale le ONG le indagini sui traffici di esseri umani hanno registrato un repentino arresto, dovuto anche alle difficoltà (nonostante il codice di condotta lo preveda) di imbarcare UPG a bordo delle navi private. Mentre la Procura di Trapani, che ancora indaga sui rapporti tra ONG e libici, ha posto l'attenzione sulla presenza in mare di soggetti terzi, la cui attività di sciacallaggio sui motori, sui battelli abbandonati e le modalità di navigazione dei migranti impongono di fare chiarezza, ma senza ancora giungere a una parola definitiva.

Nel frattempo due commissioni conoscitive parlamentari e un ministro della Repubblica hanno introdotto uno strumento di ambigua collocazione tra le fonti del diritto e di poca chiarezza, il cd. "codice di condotta delle ONG".

Oggi dopo le elezioni politiche e il cambio di passo del nuovo Governo la materia rischia di arricchirsi di nuovi e interessanti capitoli, registrando *spot* e colpi di scena quotidiani.

A ciò si aggiunga una certa inclinazione del mondo politico a confondere, a volte volutamente, realtà molto diverse tra loro: "asilanti", aventi diritto alla protezione, migranti economici, persone in difficoltà divenute irregolari sul territorio, come anche ONG, *onlus*, cooperative e associazioni senza distinguere in nessun modo tra situazioni patologiche e realtà efficaci e sane.

Da operatore del diritto prendo nota, osservo e mi pongo alcuni quesiti che nel dibattito attuale sono rimasti marginali e che nella pratica delle aule di giustizia richiedono invece alcune risposte.

Il codice di condotta delle ONG. La sua valenza nel campo penale

Il governo Gentiloni durante la sua attività ha impegnato lo scorso anno le ONG alla firma di un cd. "codice di condotta". Aldilà del *nomen juris* dato al documento e di una informale e distratta approvazione ricevuta dal Consiglio europeo, il codice rimane di difficile collocazione tra le fonti del diritto. L'interprete si pone la questione di quali responsabilità sia possibile attivare nel caso di violazione di questo strumento da parte di navi appartenenti alle ONG, ma anche da parte di semplici navi che collaborano con queste per lo più battenti bandiera di altri Paesi (mi riferisco ad esempio alla nave commerciale danese rimasta alcuni giorni al largo di Pozzallo in acque territoriali senza una destinazione per giorni, richiamando l'attenzione del Garante dei detenuti).

La sua natura è probabilmente di diritto amministrativo promanando da un organo amministrativo, il quale lo ha posto alla firma delle ONG, senza possibilità di modificarne il contenuto. Si potrebbe avvicinarlo a un "atto di impegno" con cui si impongono dei pesi e oneri all'attività del privato. L'unico organo giurisdizionale che ha provato a darne una ricostruzione sistemica è il gip di Catania, in sede di convalida di sequestro della *Open*

Arms, che ha sostanzialmente detto che la violazione del codice integrerebbe l'elemento soggettivo del reato, rappresentando la volontà dell'indagato di non volersi conformare alle nostre leggi. Così accostando le prescrizioni del codice a delle figure sintomatiche che danno contenuto all'elemento soggettivo del reato evidenziandone la volontà criminale.

Da operatore del diritto devo osservare che trattasi di un documento la cui collocazione all'interno delle fonti del diritto appare incerta, essendo la materia già oggetto di normazione internazionale, anche di dettaglio, e di pertinenza internamente del codice della navigazione.

Il codice di condotta peraltro cade nell'ambiguità del voler disegnare il soccorso come una attività di esclusiva competenza dello Stato. Ciò in contrasto con la nostra tradizione giuridica di diritto della navigazione che ha sempre fatto riferimento a un soccorso alle persone di natura mista (privato e/o pubblico), mentre alle cose prevalentemente di natura privata.

Per quanto concerne il suo contenuto, il codice appare ambiguo e pericoloso nella pratica, perché si chiede a "organizzazioni non governative" di abdicare dalla propria neutralità politica, imbarcando personale in divisa che ne controlli l'attività, esponendo altresì a pericolo e ritorsioni sia i soccorritori, sia i soccorsi, nonché eventuali operatori legati alle medesime ONG impegnati in missioni umanitarie nei campi in Libia.

A ciò si aggiunga che non tutte le ONG hanno sottoscritto il codice di condotta non condividendone i contenuti, né riconoscendone la valenza normativa, di fatto decretandone il fallimento prima ancora di diventare operativo.

Infine, alcune indicazioni del codice si pongono in contrasto con le norme internazionali stabilite dall'IMO (*International maritime organization*), come ad esempio il divieto di spegnere i trasponder (AIS) previsto dalla normativa internazionale come misura anti pirateria, il divieto di utilizzo di notte di luci bianche, utili nelle attività notturne di soccorso, ma anche presenti sulle piattaforme petrolifere a largo della Libia. O l'invito a contattare la propria autorità di bandiera a volte del tutto ignara delle attività di natura privata svolte dalle navi che portano le proprie insegne e comunque non competente per i soccorsi nel Mediterraneo centrale.

Oggi, alla luce delle cd. "chiusure dei porti" alle ONG, dobbiamo confrontarci con ONG che operano sotto il controllo dell'IMRCC, che hanno sottoscritto quel codice di condotta, rispettano le leggi dello Stato e quelle internazionali e si vedono comunque criminalizzate e impedite nello svolgere la loro missione umanitaria.

Pericolo di naufragio e pericolo di danno attuale alla persona

L'articolo 1158 del codice la navigazione è la norma che sanziona l'omissione di

soccorso in mare, è reato proprio e prende la forma del 328 cp per chi opera a terra coordinando il soccorso.

L'art. 1158 del codice di navigazione (cod. nav.) recita che il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionale o straniero che omette di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice è punito con la reclusione.

Questo articolo si pone come norma primaria per la tutela della vita umana in mare nel nostro ordinamento interno e si accompagna agli articoli 489 e 490 cod. nav. i quali, dando contenuto agli istituti del soccorso, stabiliscono che l'assistenza e il salvataggio in mare (figure distinte nel nostro ordinamento) a una nave in pericolo di perdersi sono obbligatori.

Il pericolo preso in considerazione dal codice della navigazione ai fini del soccorso riguarda l'integrità della nave che venendo meno, successivamente, mette in pericolo le persone. Il pericolo di perdersi non è altro che la traduzione italiana del latino *navis fractio* (da cui naufragio).

Da questa definizione è possibile osservare che l'obbligo di salvare previsto dalla norma penale speciale, l'art. 1158 cod. nav., scatta in un momento antecedente rispetto al pericolo attuale di un danno grave alla persona, di cui parla, invece, la scriminante dell'articolo 54 codice penale, anticipandone gli effetti o allargandone la portata.

Il pericolo di perdersi della nave è anche oggetto della definizione di «distress» del GMDSS (*Global maritime distress safety system*), dove si sostanzia nelle descrizioni di allagamento, incaglio, pericolo di capovolgimento, etc., tutti eventi che descrivono la messa in pericolo dell'integrità della nave.

Non vi è pertanto sovrapposizione tra il pericolo di naufragio (*navis fractio*) che fa scattare l'obbligo di soccorso e il successivo e conseguente pericolo dello stato di necessità legato la condizione della persona che scrimina eventuali altri comportamenti antigiuridici.

Questo rapporto tra le due definizioni si pone con forza ed evidenza in alcuni processi dove la magistratura è chiamata a occuparsi di responsabilità dovute a ritardo nei soccorsi, sotto forma dell'art. 1158 cod. nav o dell'art. 328 cp.

La problematica riguarda proprio il momento in cui scatta l'obbligo di soccorso: quando l'imbarcazione imbarca acqua, e quindi la sua integrità è compromessa, o piuttosto, quando a causa dell'acqua imbarcata il natante si rovescia mettendo in pericolo i passeggeri?

L'interprete nel caso delle ONG può essere chiamato a risolvere questo apparente conflitto: da una parte il soccorritore è obbligato al soccorso e quindi a intervenire prima

che venga messa in pericolo la vita umana (l'art. 1158 cod. nav.) e al tempo stesso vi è una norma che per lo stesso fatto, nel momento in cui non è in pericolo la persona, addita il soccorritore come responsabile di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 d.lgs 286/98; per tutte il decreto di sequestro della *Open Arms* della Procura di Catania) .

Tale tema è rimasto in ombra nel dibattito tra la Sicilia occidentale e la Sicilia orientale e aspetta di essere approfondito dalla magistratura.

La mia opinione è che di fronte al pericolo di perdersi della nave (il naufragio), che può potenzialmente mettere in pericolo la vita umana (in quanto non è detto che le persone siano sempre in pericolo di vita), si verifica una sospensione del diritto ordinario, con prevalenza della norma speciale del soccorso in mare, e prevalenza delle normative internazionali sovraordinata, senza la necessità di ricorrere alla scriminante dell'art. 54 cp e con impossibilità di applicare ai soccorritori la norma sul favoreggiamento dell'immigrazione; che necessariamente deve avere altri parametri di riferimento e non lo stato delle persone su gommoni più o meno fatiscenti.

Teniamo altresì conto che il soccorritore militare o civile che sia, come anche il coordinamento del soccorso affidato alla Guardia costiera, per la natura stessa dell'attività che sono chiamati a effettuare, nonché per le qualifiche possedute, dovranno comportarsi con la massima solerzia e professionalità possibile, utilizzando una diligenza qualificata al fine di evitare che il naufragio, o la fatiscenza dei natanti, che di per sé sono inadatti a qualsiasi navigazione, possano in qualsiasi modo mettere in pericolo le persone.

POS – *Place of safety*

La dualità tra il pericolo di perdersi della nave e del pericolo attuale alla vita umana incide anche sul momento successivo il soccorso.

Alcuni uffici giudiziari, come anche ultimamente il Governo, ritengono che l'essere ormai a bordo delle navi di soccorso comporta la cessazione dello stato di pericolo, e il ministro delle Infrastrutture ha anche osservato pubblicamente, che le navi di soccorso sono un luogo sicuro (intendendolo come *Place of safety*).

Effettivamente la pratica della navigazione ci dice che il soggetto soccorso cessa questo suo stato di pericolo nell'attimo stesso di imbarcarsi su altra nave idonea al soccorso.

Questo dato di esperienza però confligge con la normativa internazionale e con il diritto umanitario che prevedono nel momento in cui cessa lo stato di pericolo il venire nuovamente in essere del diritto ordinario dettando alcune precise regole.

La normativa delle convenzioni SOLAS e SAR, nonché la risoluzione MSC 167/78 del

Comitato di sicurezza marittima dell'IMO (MSC 78/26, add. 2, allegato 34), ci dicono che il soccorso finisce con l'assegnazione di un *Place of safety* (POS) di sbarco da parte dell'autorità di Coordinamento (MRCC).

In particolare:

- «6.12 (MSC 78/26, add. 2, allegato 34) Il luogo sicuro, di cui all'allegato della convenzione SAR del 1979, paragrafo 1.3.2, è la posizione in cui le operazioni sono terminate. È anche un luogo dove la sicurezza della vita dei sopravvissuti non è più minacciata e dove i loro bisogni umani fondamentali possono essere soddisfatti.

- 6.13 una nave di assistenza non dovrebbe essere considerata un luogo sicuro, basato esclusivamente sul fatto che i sopravvissuti non sono più in pericolo immediato una volta a bordo della nave. Una nave soccorritrice non può disporre di attrezzature adeguate a sostenere persone e per sostenere altre persone a bordo senza mettere in pericolo la propria sicurezza o per curare adeguatamente i sopravvissuti. (…)

- 6.17 la necessità di evitare lo sbarco in territori dove le vite e le libertà di coloro che accusano un fondato timore di persecuzione sarebbe minacciata e una considerazione nel caso di richiedenti asilo e rifugiati recuperati in mare».

Inoltre le linee guida UNHCR (citate anche dalla Dda di Palermo) che si basano sulla interpretazione autentica della Convenzione di Ginevra e in particolare sul divieto di respingimento, *ex* art. 33 Conv. Ginevra (per tutte la sentenza della CEDU *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*), verso Paesi che non garantiscono la protezione dei diritti fondamentali della persona, danno particolare rilevanza al *Place of safety* proprio nel senso indicato dal Comitato di sicurezza marittima poc'anzi citato.

Le decisioni del Governo di questi ultimi giorni riguardo la possibilità per Italian MRCC di indicare un POS fuori dal territorio italiano (Malta o Valencia), quindi fuori dalla propria giurisdizione territoriale, senza alcun controllo sui porti di destinazione, sta impegnando gli operatori del diritto sulla legittimità di un tale atto. Come anche il ritardare la comunicazione di un POS a una nave di soccorso, esponendo i sopravvissuti a un inutile calvario.

Tutte queste questioni sono ancora aperte. Ma la rilevanza del diritto umanitario interno e internazionale dovrebbe guidare l'interprete nello scegliere le soluzioni più equilibrate.

Radicamento della competenza per il coordinamento SAR

Nel momento in cui il comandante di una nave si trova a dover chiamare soccorso o a dover rilanciare un messaggio di soccorso proveniente da altri, la prima cosa che fa è individuare, secondo le regole IMO, a quale autorità deve rivolgere il proprio appello. Questo avviene accedendo alla documentazione di bordo obbligatoriamente custodita secondo le norme internazionali GMDSS (*Global marittime distress and safety system*), tra queste la pubblicazione *Master Plan* edita dall'IMO, nella quale sono indicati i servizi per la sicurezza della navigazione messi a disposizione delle navi dai singoli Paesi sottoscrittori delle convenzioni riguardanti il diritto del mare.

Tale pubblicazione, disponibile liberamente in *Internet*, a seconda dello strumento con il quale viene effettuata la chiamata di emergenza (es. via satellite, via radio Vhf, Mf, Hf e anche via telefono), indica in base all'area di navigazione chi è l'autorità di riferimento (MRCC-*Maritime rescue coordinate center*).

Nel caso del Mediterraneo centrale (Navarea III) le uniche autorità presenti e indicate dalle pubblicazioni IMO operative sono il MRCC italiano e RCC di Malta, quest'ultimo non ha neppure un codice MMSI di riferimento cui chiamare in modalità digitale.

Né la Tunisia, né la Libia sono dotate di strutture per la ricezione dei messaggi di soccorso, per lo più ozggi digitalizzati, né di un MRCC, né delle attrezzature tecniche per poter comunicare con l'IMO, né degli strumenti di controllo del traffico marittimo, né delle stazioni radio Vhf, Mf e Hf o satellitari per gestire un soccorso (il 27 aprile 2018 è stata annunciata l'apertura di un JRCC a Tripoli cui fare riferimento per il coordinamento dei soccorsi).

Una nave in transito nel Mediterraneo centrale che riceva un segnale di soccorso o incontri un natante in difficoltà e debba comunicarlo a un ente di coordinamento non potrà che chiamare l'Italian MRCC, che troverà nel *Master Plan* IMO.

Questo spiega come mai tutte le chiamate via telefono, via Vhf, Mf e via Sat giungano in Italia.

L'Italia si trova dal canto suo a non poter passare il soccorso a nessun altro Paese, visto che nessun centro di controllo e coordinamento è presente nei Paesi limitrofi.

Quando sarà operativo il nuovissimo JRCC di Tripoli l'affidare a quel Paese il soccorso vorrebbe comunque dire di assegnare indirettamente un POS dove gli eventuali migranti avrebbero difficoltà di vita e non avrebbero alcuna protezione, oltre a impedire la possibilità per gli eventuali asilanti di poter chiedere protezione internazionale in Europa.

La dottrina più sensibile si chiede se un tale comportamento possa integrare una violazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

Quanto detto spiega anche l'irragionevolezza della comunicazione inviata lo scorso 22 giugno dall'Italian MRCC alle navi in transito nel Mediterraneo che invita a rivolgersi per i soccorsi nelle acque prospicienti la Libia ad altri….

A chi debbono rivolgersi le navi in transito e soccorso se nessuno può rispondere secondo le regole del GMDSS?

Non penso che l'Italia possa in questo modo abdicare dalle proprie responsabilità internazionali in tema di soccorso in mare, già negli anni scorsi il ricorso a pratiche di respingimento in Libia hanno portato l'Italia a una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza *Hirsi and others v. Italy*).

Di tale parere sembra anche essere l'ammiraglio Giovanni Pettorino, che ha recentemente dichiarato che l'Italia non intende abdicare dai soccorsi, presa di posizione condivisibile e coraggiosa.

Sarebbe possibile in alternativa, come sostiene il nostro Governo, affidare il coordinamento del soccorso a Malta o addirittura alla Grecia.

Ma Malta con una popolazione di soli 436.000 abitanti su una superficie molto limitata, già da tempo ha dichiarato di non occuparsi di immigrazione e soccorsi dal Nord Africa. Ciò anche a causa delle regole di Dublino, che impediscono i movimenti secondari dei migranti nella Comunità europea: obbligando quindi chi sbarca a Malta a rimanervi o a farvi ritorno.

Di fronte a un flusso di circa 181.000 (2016) persone annue in Italia prima del Governo Gentiloni appare comprensibile e giustificabile la politica della piccola isola del Mediterraneo.

Che oggi ha anche chiuso a tutte le ONG la possibilità sia di approdo per bunkeraggio, sia di sbarco degli equipaggi e approvvigionamento delle navi, decretando di fatto la fine dei soccorsi in mare dei migranti e ponendo dubbi su una possibile violazione della Convenzione sul diritto del mare.

L'articolo è tratto da questionegiustizia.it