



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

L'immigrazione irregolare via mare
nella giurisprudenza italiana
e nell'esperienza europea

a cura di
Andrea Antonucci, Irfan Papanicolaou, Tullio Scovazzi



G. Giappichelli Editore - Torino



L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea

(a cura di) Tullio Scovazzi

2016 - pp. XXIV-256

formato cartaceo - ISBN 978•88•9210376•4

formato pdf - ISBN 978•88•9215961•7

Abstract

L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea" include sei scritti che analizzano le principali questioni giuridiche in tema d'immigrazione via mare, come affrontate nelle sentenze di giudici italiani (casi di imputati scafisti) e nelle misure adottate dall'Unione europea (Frontex). Il volume è frutto della collaborazione tra studiosi di diritto internazionale del mare e ufficiali della Guardia di Finanza coinvolti in operazioni aeronavali di polizia in mare. Le differenti prospettive dei contributi rendono il volume uno strumento diretto agli studiosi, alle autorità giudiziarie e alle forze dell'ordine. Un'ampia sezione di documenti, offerta in via elettronica, raccoglie i testi normativi e giudiziari (a volte inediti) di riferimento. Lo studio delle misure applicate, che variano dalla repressione all'assistenza, lascia il forte dubbio se l'imposizione di frontiere sia un mezzo idoneo a far fronte a un dramma umano collettivo, quale quello che oggi cerca di transitare per il Mediterraneo.

Recensione a

Amedeo ANTONUCCI, Irini PAPANICOLOPULU,

Tullio SCOVAZZI (a cura di)

*L'immigrazione irregolare via mare
nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*

G. Giappichelli Editore, Torino 2016

XXIII + 246 pagg., ISBN 9788892103764

Il volume reca un significativo e articolato contributo all'approfondimento della tematica dell'immigrazione "irregolare" via mare.

Condivido anzitutto la scelta da parte dei curatori dell'aggettivo irregolare, compiuta, con valenza generale, nel titolo, in luogo della distinzione tra irregolarità e clandestinità. Quest'ultimo termine – usato, peraltro, non di rado anche dal legislatore italiano – indica semplicemente un dato di fatto riferibile alle modalità d'introduzione negli spazi territoriali di un Paese e non la posizione dell'immigrato in termini di anti-giuridicità che, per di più, potrebbe essere non originaria ma sopraggiunta (tipico è l'esempio dello straniero con un permesso di soggiorno scaduto).

L'impostazione sistematica degli scritti sotto il profilo giuridico non ha impedito agli autori, in tante occasioni, puntuali e motivate considerazioni d'ordine umanitario. E del resto è noto che anche gli aspetti umanitari delle frequenti tragiche vicende dell'immigrazione non sono aprioristicamente relegabili al solo campo etico o comunque metagiuridico. Una specifica disciplina giuridica universitaria, "la tutela dei diritti umani" appunto, trova posto, ormai da tempo, in molti piani di studio.

Non è casuale che i docenti curatori del volume, insieme all'autore dell'introduzione, vengano annoverati tra coloro che in Italia hanno dato contributi fondamentali per lo sviluppo della disciplina. È però ancor più importante da segnalare che anche la trattazione del colonnello della Guardia di Finanza Amedeo Antonucci e dei capitani Pasquale Caiazza e Marco



Fortunato non ignora gli aspetti di diritto umanitario dell'intera problematica, sottolineando la priorità della salvaguardia della vita umana in mare (con le attività conseguenti) pur in un contesto di operazioni istituzionali di polizia con finalità preventive e repressive.

Nell'introduzione cui ho fatto cenno, l'A. (Giuseppe Cataldi) richiama un insegnamento storico di particolare attualità tanto per l'Europa quanto per il Nord America: *“le civiltà che hanno opposto muri all'arrivo di popolazioni migranti sono state presto travolte, mentre l'apertura e il melting pot hanno favorito lo sviluppo sociale economico e civile degli Stati [...] È da più di un decennio che la ricerca sottolinea il nesso tra migrazione e sviluppo locale, non solo nei territori di accoglienza ma anche in quelli di origine grazie all'attivismo internazionale che le diaspore, una volta integrate nel tessuto economico-sociale, dei paesi di accoglienza, giocano a favore dei loro Paesi”* (pag. XXI). L'accoglienza di nuovi migranti – prosegue l'A. – non va considerata come un semplice dovere sociale ma come progetto inevitabile per consolidare anche la “casa comune europea” tenuto anche conto della crisi demografica del vecchio continente.

A sua volta Tullio Scovazzi (pag. 46) pone in evidenza che gli emigranti irregolari sono *“vittime anche di una frontiera o per essere più precisi di chi si ostina a non capire che una frontiera ed i respingimenti che ne sono la conseguenza non potranno mai essere strumenti utili a far fronte a un dramma umano che sta assumendo dimensioni sempre più imponenti”* (in nota si richiama la finalità di protezione dei migranti clandestini contenuta nel Protocollo di Palermo del 2000; in particolare l'art. 5 vieta che gli stessi possano essere oggetto di sanzioni penali per il solo fatto della loro condizione).

I contributi specifici iniziano con lo scritto di Irini Papanicolopulu (*Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la prassi italiana*). L'analisi sull'effettivo significato del termine *jurisdiction* è condotta muovendo dall'art.92 UNCLOS, riferibile sia alle competenze normative che attuative. Nell'individuazione di tali poteri l'A., dopo aver esaminato le varie tesi, perviene alla conclusione che – in mancanza di previsioni contenute in convenzioni internazionali e fuori dai noti casi espressamente previsti dalla Convenzione di Montego Bay – si debba ritenere possibile che uno Stato regoli anche attività che abbiano luogo oltre le proprie acque territoriali e su navi di diversa bandiera, qualora vi

sia un altro criterio di collegamento (rispetto alle previsioni, segnatamente in materia penale, *ex art. 97 UNCLOS*), per esempio la nazionalità della vittima oppure il danno causato allo Stato stesso dalla condotta illecita.

Tale conclusione appare condivisibile fermo restando, ovviamente, l'auspicio che, per una maggiore certezza del diritto, si perfezionino sempre più articolate e specifiche norme pattizie prodromiche alla formazione di un diritto consuetudinario, d'applicazione universale per tutti gli Stati ed i loro cittadini. Quanto al traffico di migranti l'estensione della giurisdizione (*either the flag State or the State of which such person is a national*, *cfr art. 97 cit.*) – nota opportunamente l'A. – è comunque prevista dal combinato disposto dell'art. 3 della Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale (TOC) e dell'art. 6 del relativo Protocollo sui migranti. Ciò in relazione alla qualificazione di reato transnazionale *ex art. 3.2* della Convenzione stessa.

L'ampio studio prosegue con una rassegna delle questioni più rilevanti in tema d'intervento in alto mare.

Nell'ambito della tematica sulla *jurisdiction* s'inserisce la più ristretta questione sull'esistenza di una zona contigua italiana e dei relativi poteri esercitabili. L'argomento è trattato da Francesca Mussi la quale, sulla base della giurisprudenza formatasi dopo la modifica introdotta nel 2002 all'art. 12 comma 9-*bis* del t.u. sull'immigrazione del 1998, concorda con la conclusione positiva limitatamente alla materia migratoria “ad esclusione delle altre attività di controllo che possono essere esplicate dallo Stato costiero in tale area marittima”. L'A. osserva che l'UNCLOS non prevede una forma specifica di proclamazione della zona contigua ma semplicemente la sua istituzione, avvenuta con la normativa citata.

Premesso che ritenere non necessaria una proclamazione formale non esime lo Stato dall'approntare strumenti di conoscenza in ambito internazionale quale ne sia la forma, esprimo qualche perplessità in ordine all'effettiva *voluntas legis* limitativa in senso meramente funzionale, in relazione, cioè, alla sola materia dell'immigrazione. Non sembra sufficiente per una tesi restrittiva l'argomento fondato sulla *sedes materiae* della norma di riferimento, tanto più che in una materia del tutto diversa (ricerca e rinvenimento di beni culturali sommersi) il legislatore (d. lgs. n. 42 del 2004) muove dal presupposto dell'esistenza di una zona contigua italiana senza alcuna restrizione rispetto a quanto prevede l'art.33 UNCLOS.

Tali restrizioni, in altri e diversi settori all'interno di quelli indicati nell'art. 33 cit., possono semmai sussistere sul piano operativo per l'eventuale mancanza o carenza di dettagliate norme d'applicazione. Quanto all'estensione spaziale, l'A. pone in giusta evidenza la giurisprudenza della Cassazione (n. 32960 del 2010) nella parte in cui – mancando diverse indicazioni da parte del legislatore – accoglie il limite massimo delle ventiquattro miglia indicato dalla norma convenzionale.

Va da sé che l'affermazione giurisprudenziale non riguarda quelle zone in cui la massima estensione creerebbe interferenze con analoghi spazi marini territoriali di Paesi confinanti. In tal caso ed in mancanza di accordi di delimitazione, sembra preferibile il ricorso al criterio della linea mediana o della linea di delimitazione della piattaforma continentale, scegliendo, per ragioni prudenziali, quello che, tra i due criteri, dia un risultato di minore ampiezza (in tal senso v. a suo tempo la proposta di legge n. 5102 Atti Camera, in *Dir. maritt.*, 1998, 1450).

L'A. si sofferma poi sull'esercizio dei poteri concretamente esercitabili nella zona contigua indicando i contrasti giurisprudenziali tuttora esistenti sulla possibilità di esercitare la giurisdizione penale per violazioni commesse nella zona contigua.

In una logica successione dei profili tematici s'inserisce l'ampio ed articolato contributo di Tullio Scovazzi che, con un un gioco di parole consapevolmente tragico, utilizza nel titolo ("Il *respingimento* di un dramma umano") lo stesso termine (*refoulement*) usato per indicare atti e attività che quasi sempre si concretano, negli effetti, in un sostanziale abbandono al proprio destino di migranti irregolari, sia o no presente una legittimazione formale.

Particolarmente rilevante è l'attenta analisi, in fatto e diritto, del caso delle navi *Sibilla* della Marina militare italiana e *Katër i Radës*, entrate in collisione, nel 1997, a circa 35 miglia dalle coste brindisine. A seguito del sinistro morirono 81 migranti albanesi ed una ventina furono ritenuti dispersi.

Il comandante della nave italiana aveva compiuto "manovre cinematiche d'interposizione" cioè di disturbo intenzionale alle manovre dell'altra nave. L'A. puntualmente riferisce le conclusioni della Cassazione al termine del procedimento penale che ne seguì: "*nessuna norma di diritto internazionale, sia esso consuetudinario o pattizio, avrebbe mai potuto autorizzare il comandante della Sibilla a porre in pericolo l'integrità e la sicurezza della Katër i Ra-*

dès, già così originariamente precaria per le condizioni materiali e la manutenzione, l'entità abnorme del numero dei trasportati e la condotta di navigazione tenuta dal timoniere" (va notato che la Cassazione fa anche un cenno al carattere criminoso di un eventuale ordine d'interposizione a sua volta ricevuto dai superiori del comandante, pur rilevando la carenza di materiale probatorio per estendere il quadro delle responsabilità anche in relazione alla specificità operativa dell'ordine ed al relativo nesso di causalità con il sinistro).

Al riguardo l'A. scrive che è del tutto "improprio" (gli aggettivi di Scovazzi sono ben più severi!) concepire il dirottamento in mare come uno strumento adatto a far fronte a un dramma umano com'era l'emigrazione in massa in Albania (e, aggiungo qui, a fenomeni migratori simili ben più recenti). In realtà, conclude sul punto l'A., al di là di ogni altro rilievo, le c.d. manovre cinematiche d'interposizione sono state concepite in ambito NATO e quindi per ben altre finalità. Il caso Sibilla non è semplicemente un fatto storico, appartenente a modi tipici di un tempo passato nel valutare il fenomeno e prospettare le soluzioni, dal momento che scritti più recenti propongono l'adozione di "armi non letali". Proposte contro le quali l'A. – dopo la descrizione di tali strumenti – oppone dure critiche giuste e motivate.

Nella seconda parte del suo saggio, l'A. sottolinea l'incongruità dell'attuale quadro giuridico internazionale: da un lato il diritto di emigrare riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dal Patto internazionale di New York del 1966 sui diritti civili e politici, dall'altro il diritto sovrano di ogni Stato di consentire o vietare agli stranieri di entrare nel proprio territorio. È comunque certo che a quest'ultimo diritto lo stesso ordinamento internazionale (indipendentemente dalle normative nazionali) pone dei limiti: diritto ad essere soccorso in mare, diritto a non essere respinto verso un luogo dove si rischia la tortura, diritto di chiedere asilo.

Per quanto giuristi illuminati e lungimiranti propongano, com'è il caso di Scovazzi, soluzioni fondate su interpretazioni delle normative specifiche armonizzabili con i principi del diritto umanitario, rimane la consapevolezza che nella materia, come scrive lo stesso A., "le questioni giuridiche rimangono soltanto una parte di un problema molto complesso" che coinvolge in termini generali la politica nazionale e soprattutto quella internazionale e dell'U.E. In questo contesto va poi affrontata la questione dei cosiddetti migranti economici.

Il successivo contributo di Marco Cottone s'incentra sugli aspetti penali connessi con il fenomeno dell'immigrazione irregolare via mare ed in particolare sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. L'A., con scelta opportuna, dà ampio spazio agli apporti giurisprudenziali soffermandosi in particolare sulla sentenza del Tribunale di Agrigento del 2009 con la quale è stato deciso il caso della *Cap Anamur* (nave tedesca che aveva soccorso in acque internazionali un gruppo di emigranti in pericolo su un gommone dirigendosi, dopo complesse vicende, verso le coste siciliane). Il Tribunale, con decisione pienamente condivisibile, ha assolto il comandante, il primo ufficiale ed un altro imputato dal reato di favoreggiamento applicando l'art.51 c.p. (fatto commesso nell'adempimento di un dovere di soccorso in mare imposto dal diritto internazionale).

L'A. approfondisce, sotto il profilo del diritto della navigazione, le questioni connesse con l'effettività del pericolo e con l'individuazione del porto sicuro dove sbarcare le persone soccorse; individuazione che spetta al comandante. Il commento della sentenza è accompagnato da un inquadramento d'ordine generale in tema di soccorso in mare attraverso il richiamo alle due convenzioni internazionali più rilevanti nella materia (SAR 1979 e *Salvage* 1989) e la citazione della SOLAS con i relativi emendamenti sul punto che qui rileva. *L'exkursus* normativo si completa con la normativa nazionale. Di particolare rilevanza ed attualità rimangono gli artt. 69 e 70 cod. nav. mentre la disciplina *ex* artt. 489 e segg. cod. nav. trova ancora applicazione solo se non derogata dalla *Salvage* 1989. L'omissione di soccorso in mare sanzionata dall'art. 1158 cod. nav., come nota anche l'A., si pone, con pene edittali comprensibilmente più severe, in rapporto di specialità rispetto all'art. 593 c.p. Lo scritto si conclude con il commento di altre questioni penalistiche di diritto sostanziale e processuale.

Conclusivamente l'A. segnala la difficoltà di un coordinamento, allo stato attuale, tra norme d'impronta preventivo-repressiva del fenomeno dell'immigrazione irregolare e norme (beninteso prioritarie) relative alla salvaguardia della vita umana in mare.

Ho già avuto occasione di far cenno sulla rilevanza dello scritto degli ufficiali della GdF Antonucci, Caiazza e Fantinato in tema d'interventi di polizia in alto mare finalizzati al contrasto dei trafficanti di migranti nel Mediterraneo. L'interesse specifico del contributo emerge dalla ricchezza dei casi esaminati muovendo

do di volta in volta dalla descrizione degli interventi di polizia sino alle decisioni giurisprudenziali. Lo scritto si sofferma anzitutto sul caso della nave *Pamuk* ponendo in evidenza che la relativa operazione di polizia probabilmente costituisce il primo concreto esempio di applicazione di istituti offerti dal diritto internazionale per contrastare i trafficanti di migranti nel Mediterraneo in alto mare (i fatti risalgono al 2001). Ciò attraverso un *innovativo e coraggioso* (sono parole degli Autori) esercizio del diritto di visita ed in precedenza del diritto d'inseguimento, giustificato anche in acque non territoriali con l'applicazione della regola della *presenza costruttiva* (cfr. art. 111 UNCLOS) e quindi attraverso la rappresentazione unitaria del comportamento criminoso della nave madre (peraltro priva di nazionalità) rimasta in acque internazionali rispetto ad un peschereccio che, ricevuti i migranti trasbordati, faceva rotta verso le coste italiane.

Lo scritto prosegue con l'illustrazione dei casi *Zora, Monica, More, Sheri, Tusa, Cengizhan, Deep Sea* e con un riferimento in termini generali alle operazioni promosse dall'Agenzia europea Frontex.

Il saggio si conclude sottolineando il contributo della magistratura nello sforzo di individuare soluzioni interpretative logico-sistematiche delle norme vigenti idonee a fronteggiare la gravità del fenomeno del traffico internazionale dei migranti, in attesa di più soddisfacenti interventi di armonizzazione della materia ai vari livelli ordinamentali.

S'è già osservato che uno dei pregi del volume è l'espressione di umana partecipazione da parte degli Autori al dramma attuale dell'immigrazione via mare nel Mediterraneo con il grande numero di vittime e con gli inenarrabili disagi affrontati da ogni migrante. Ciò nulla toglie al rigore scientifico di ogni contributo. L'ultima dimostrazione è costituita dal saggio di Ilaria Tani sulle forme di contrasto dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo nell'ambito dell'Unione Europea.

Trascrivo l'*incipit*: *“Intorno alle sei di sera, davanti la baia di Gibilterra, un bastimento carico di quasi 900 persone si inabissava nel freddo mare di marzo. Era salpato da Napoli e correva l'anno 1891. Diretta verso gli Stati Uniti, Utopia non arrivò mai in nessun luogo. Oltre al suo equipaggio la nave ospitava 813 migranti, per la maggior parte provenienti da Campania, Calabria e Abruzzo. Morirono in 576. Intorno ad un secolo fa ad annegare in mare eravamo noi”* (in nota l'A. riporta notizie di decine di altri naufragi in cui furono coinvolti migranti italiani).

Dopo una breve rassegna della normativa internazionale, l'A. nota l'ineadeguatezza di tale normativa anche a fronte della legislazione italiana. Infatti il diritto internazionale dei rifugiati non è ancora pervenuto a riconoscere in modo generale ed espresso il relativo *status* a persone che pur non perseguitate, per motivi di razza religione etc., siano in fuga da conflitti internazionali o interni. Nel diritto italiano, invece, si è già provveduto alla *protezione sussidiaria* con l'art.14.1. lett. c) del d. lgs. n. 251 del 2007, in attuazione della dir. 2004/83/CE, e successive integrazioni, nelle ipotesi di "minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale".

Lo scritto prosegue con un richiamo allo stato attuale delle politiche dell'U.E. in tema d'immigrazione irregolare e di protezione internazionale in conformità a quanto previsto dal TFUE. In questo contesto la direttiva n. 115 del 2008 fa salvi espressamente i diritti fondamentali "in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo" (art.1).

Utile ai fini di ulteriori approfondimenti è l'elenco di tutti i provvedimenti normativi emanati dall'U.E. ma la conclusione cui anche l'A. perviene è che in materia di protezione sussidiaria e protezione temporanea gli obiettivi di cui al TFUE sono stati raggiunti solo parzialmente.

Viene dedicato ampio spazio alle decisioni adottate dal Consiglio nel settembre 2015 che prevedono misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. È noto che pur trattandosi di misure a tempo, queste decisioni non hanno trovato consenso unanime da parte di tutti gli Stati membri ed ancora più insoddisfacente si è rivelata l'attuazione del *ricolloccamento* dei migranti.

L'obiettivo è comunque quello di rendere permanente tali meccanismi di collocamento con una modifica dl c.d. reg. Dublino III (n. 604 del 2013). Alla relativa proposta l'A. fa puntuale riferimento insieme alla recente raccomandazione della Commissione intesa ad attuare un *reinsediamento* di rifugiati, su richiesta dell'UNHCR, da un Paese terzo ad un Paese membro dell'U.E.

L'A. nella parte successiva del suo saggio oppone solide argomentazioni critiche alla tesi a suo tempo (2014) esposta dal Ministro britannico Anelay of St. Johns e ripetuta anche altrove con riferimento agli asseriti effetti nega-

tivi (*pull factor*) dell'operazione *Mare Nostrum*. È dimostrato, anche dall'UNHCR, che "le persone disperate partono lo stesso" anche senza l'organizzazione strutturata di operazioni di soccorso in mare (peraltro fondate su doveri di diritto consuetudinario del mare e di diritto umanitario). Quindi, aggiunge senza mezzi termini l'A., il problema è salvarle o lasciarle morire in mare. Ed ammesso che la paura di annegare serva da deterrente ciò equivarrebbe ad impedire la fuga da persecuzioni, torture e guerre. Dai documenti successivi al 2014 ed anche nei confronti delle successive operazioni FRONTEX si percepisce il distacco dell'U.E. da un approccio che non consideri del tutto secondario l'aspetto umanitario del problema.

Ed ancora, rileva l'A. (nel quadro di un'attenta e dettagliata analisi di documenti dell'U.E. dal 2014 in poi e di valutazioni critiche in ordine all'efficienza ed efficacia dei provvedimenti) *"il fenomeno dell'immigrazione irregolare viene affrontato in una prospettiva drasticamente unilaterale e trasformato da emergenza umanitaria, per i migranti, a rischio per la sicurezza, per l'U.E., insieme ad aggressioni armate da parte di Paesi terzi, a terrorismo etc."* (v. pag. 235 con particolare riferimento al documento del Consiglio U.E. 11205 del 2014; v., tra le altre, anche la decisione dello stesso Consiglio n. 972 del 2015 relativa al piano operativo ed alle regole d'ingaggio per l'operazione militare dell'U.E. nel Mediterraneo EUNAVFORMED; v. infine la risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU n. 2240 del 2015).

La conclusione del saggio può essere fatta propria da ogni persona di buon senso dotata di lungimiranza politica oltre che di un minimo di spirito umanitario: *"Soltanto interventi alle radici del fenomeno e un rafforzamento delle vie legali d'immigrazione saranno in grado, nel lungo periodo, di rispondere con efficacia alle paure di tutti"*.

Il volume è corredato di molti documenti normativi e giudiziari consultabili *on line* sul sito della casa editrice Giappichelli.

Guido Camarda