

Elementi generali di diritto umanitario dei migranti nel sistema normativo italiano

1. L'evoluzione del diritto dell'immigrazione in Italia

Fino a poco più di 20 anni fa, la disciplina dello status dello “straniero” in Italia era disciplinata in via normativa da alcuni succinti articoli del c.d Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza.

Un testo normativo, creato durante il periodo fascista, per disciplinare tutta la materia attinente alle attività poste sotto il controllo dell'autorità di Polizia.

Bisogna attendere il 1989, con l'entrata in vigore della c.d. Legge Martelli (decreto legge n.416/1989 convertito nella legge 39/1990) per un testo normativo organico e articolato in tutta la materia.

La Legge Martelli, peraltro, all'articolo 1 cominciava a dare attuazione in Italia, alla Convenzione di Ginevra del 1951, che, sebbene ratificata dall'Italia nel 1954, era applicata sino a tale data con significative limitazioni geografiche.

Giova precisare che, l'art.1 della legge Martelli resterà il testo fondamentale di attuazione della Convenzione di Ginevra sui Rifugiati fino a pochi anni fa (esattamente sino all'entrata in vigore della Legge c.d Bossi FiniL. 189/2002).

Nonostante la Legge Martelli fosse sufficientemente idonea a disciplinare i flussi migratori, e contenesse un sistema sanzionatorio in linea con i diritti umani garantito dalla costituzione italiana, prevedendo un controllo giurisdizionale da parte del Presidente del Tribunale, nei casi in cui fosse necessario circoscrivere la libertà personale del cittadino straniero irregolare, o, forse, proprio per “colpa” di questo garantismo, e dei mutati e, sicuramente maggiori, flussi migratori, dopo la mancata conversione in legge nel 1995 del c.d. Decreto Legge Dini, nel 1998 vede

la luce la legge n. 40 del 1998, che confluirà dopo pochi mesi nel Testo Unico delle Leggi sull'Immigrazione, il Decreto Legislativo 286/1998.

Tale decreto, che unifica in un solo testo normativo, principalmente la Legge 40 dello stesso anno, e norme presenti in altri testi, ma tutte attinenti allo status del cittadino straniero, ha l'indubbio pregio di avere tentato di dare una visione organica e unitaria del fenomeno migratorio, disciplinandolo nei suoi molteplici aspetti, dalla fase di ingresso, a quello della permanenza, alla fase dell'uscita, innovando sia negli aspetti repressivi che in quelli umanitari e finanche nel sistema di tutela giurisdizionale.

Nell'ambito del sistema "sanzionatorio" la novità di maggior rilievo è l'introduzione nel sistema giuridico nazionale dei Centri di Permanenza Temporanea (CPT) e la conseguente creazione dell'istituto della "detenzione amministrativa", disposta dal Questore per un periodo di tempo limitato nei confronti dei cittadini stranieri da espellere, nelle more dell'esecuzione dell'espulsione stessa. Il tutto sottoposto al controllo giurisdizionale dell'Autorità Giudiziaria.

La novità afferisce al fatto che, per la prima volta in Italia, viene prevista una misura così "forte" in termini di limitazione della libertà personale, disgiunta da valutazioni, di natura giudiziaria o di polizia, sulla pericolosità sociale ovvero come conseguenza di comportamenti sanzionati penalmente.

In altri termini, viene disposto il trattenimento dell'irregolare, non perché ha commesso un reato, (in questo momento l'immigrazione clandestina non è considerata tale) né perché è un soggetto ritenuto socialmente pericoloso, ma semplicemente perché occorre evitare che si sottragga all'espulsione dal territorio dello Stato.

Il sistema sanzionatorio già presente nella Turco Napolitano (il d.lvo 286/1998 TU sull'Immigrazione) viene ulteriormente "raffinato" e inasprito, anche in termini di perdita di tutela giurisdizionale con

l'entrata in vigore nel 2002 della Legge n.189 la "famigerata" legge "Bossi Fini".

I successivi "pacchetti sicurezza" a tutela dell'ordine pubblico, introdurranno poi il reato di immigrazione clandestina e allungheranno i termini di permanenza nei centri detentivi, rinominati Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE).

Anche le norme sulla protezione internazionale si evolvono in questi anni, a seguito del recepimento in Italia delle direttive europee su requisiti e procedure di eleggibilità.

Ciò che resta senza applicazione normativa, ma oggetto di mera interpretazione giurisprudenziale, è l'asilo politico previsto dalla Costituzione della Repubblica Italiana.

Anche la tutela della famiglia e dei minori, fortunatamente, sopravvive in parte agli inasprimenti della Bossi Fini e delle sue successive modifiche e integrazioni.

Il quadro normativo attuale è comunque in continua evoluzione, anche a seguito dei "pesanti" interventi della Corte Costituzionale, che sovente ha tacciato di illegittimità, cassandole, varie norme in materia di immigrazione, perché ritenute in violazione dei principi sanciti dalla Costituzione Italiana.

2. Tutela dei diritti umani dei migranti minori: gli strumenti normativi interni

La Costituzione della Repubblica Italiana fissa i principi e i valori fondanti inderogabili dello Stato Italiano, nato dopo la II Guerra Mondiale e la Resistenza antifascista.

Principi e valori cui anche il legislatore italiano, il Parlamento, deve attenersi, pena l'annullamento dell'atto normativo da parte di un organo a ciò preposto, la Corte Costituzionale o "Giudice delle Leggi".

Tra i valori e principi tutelati dalla Costituzione, vi sono “i diritti inviolabili dell’uomo”, il principio di uguaglianza, l’invulnerabilità della libertà personale, la libertà religiosa e di pensiero, il diritto di difesa, il diritto di asilo politico dello “straniero al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione Italiana”.

E, per quello che più importa in tale sede, i diritti della famiglia e la protezione dell’ “infanzia e della gioventù”.

La disciplina moderna dell’immigrazione, muovendosi all’interno di importanti “limiti” fissati dalla Costituzione, ha, quindi, realizzato istituti giuridici che garantissero, almeno in parte i diritti inviolabili anche dei migranti.

Gli Istituti che in questa sede più rilevano sono gli strumenti di protezione umanitaria e di tutela dei nuclei familiari e dei minori in generale.

Accanto alla disciplina c.d. *ordinaria*, relativa all’accesso in Italia per ricongiungimento familiare, esistono delle norme, aventi carattere di specialità, a tutela dei minori, e dei loro familiari.

In particolare è vietata l’espulsione:

- dei minori di anni 18, “ salvo il diritto a seguire il genitore o l’affidatario espulsi” (art.19 comma 2 D.lvo 286/1998).
- delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art.19 comma 2 D.lvo 286/1998).

In tali casi l’autorità di Polizia (il Questore), è tenuta a rilasciare un permesso di soggiorno.

Una fattispecie speciale di particolare pregnanza sociale, con riferimento ai minori, è quella prevista dall’art 18 comma 6, che prevede il rilascio di uno speciale permesso “per protezione sociale”, nei confronti dello straniero che abbia commesso dei reati da minorenni, e che, all’esito

della dimissione dall'Istituto di Pena, abbia dato prova concreta di "partecipazione ad un programma di assistenza e integrazione sociale". Si rileva, per inciso, che, essendo sovente lunghi i tempi processuali, l'espiazione della pena, per reati commessi da minorenni, può avvenire da maggiorenne, senza che ciò comporti perdita del beneficio del permesso di soggiorno.

Sicuramente, però le norme più significative, e di alto rilievo morale, sono quelle previste nel titolo IV denominato "diritto all'unità familiare e tutela dei minori" del Decreto Legislativo 286/1998.

In particolare l'articolo 28 al comma 3 testualmente recita "*in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione, con carattere di priorità, il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20.11.1989*".

Tale norma contiene quindi una importante enunciazione di principio, vincolante per la pubblica amministrazione e la magistratura.

Enunciazione di principio che trova una sua immediata attuazione pratica nel successivo articolo 31, che al comma 3, prevede la possibilità, per gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore, di autorizzare l'ingresso e la permanenza nel territorio dello stato del familiare, "***anche in deroga alle altre disposizioni del presente Testo Unico***".

Tale norma, di valenza del tutto eccezionale, in quanto consente di derogare ai criteri ordinari di accesso al permesso di soggiorno, assegna la facoltà di autorizzare la permanenza dello straniero familiare di minore, al solo Tribunale dei Minori, l'autorità giudiziaria competente a conoscere di tutte le fattispecie civili e penali afferenti ai minorenni comunque presenti sul territorio italiano.

Altra norma significativa, attinente alla tutela dei minori, è quella relativa al loro diritto allo studio, ancorché figli di genitori irregolari, in quanto sono soggetti agli obblighi scolastici alla stessa stregua dei cittadini italiani e stranieri residenti (art.38 D.lvo 286/1998).

Anche la salute dei minori è tutelata prescindendo dallo status regolare o meno dei genitori, ma, in quest'ultimo caso, con delle forti limitazioni, in quanto, non possono usufruire dell'attività sanitaria di base, ma solo di cure ospedaliere o ambulatoriali urgenti, anche se hanno diritto alle vaccinazioni previste, e alle misure a tutela della salute in esecuzione della Convenzione sui diritti del Fanciullo del 20 Novembre 1989 (art. 35 D.lvo 286/1998).

Resta il fatto che i minori stranieri figli di cittadini irregolari non possono essere seguiti da un pediatra "di base". Quanto ciò sia in attuazione della Convenzione sui diritti del Fanciullo è intuibile...

3. Protezione Internazionale, Protezione Sussidiaria, Protezione Umanitaria, Non Refoulement, Asilo Politico Costituzionale.

Altre norme rilevanti, sia pur di riflesso, in relazione alla tutela dei minori, sono quelle afferenti alla protezione internazionale, sussidiaria, umanitaria e all'asilo politico riconosciuto costituzionalmente, nonché al "non refoulement".

L'asilo politico, come visto in premessa, è disciplinato in Italia, da un complesso di norme che sono principalmente di attuazione di direttive europee e, come norme residuali, da alcune disposizioni del Testo Unico, e dalla Costituzione della Repubblica Italiana.

Il sistema normativo italiano, in attuazione delle direttive 2004/83/CE (norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona bisognosa di protezione internazionale) recepita con il D.lvo 251/2007 e 2005/85/CE recepita con il D.L.vo 257/2008, individua due "categorie primarie" di rifugiati politici:

1. I rifugiati politici propriamente detti, che sono coloro i quali rientrano nella definizione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, in quanto oggetto di persecuzione sì come previsti dall'art.1 A della Convenzione di Ginevra.

2. Gli aventi diritto alla “protezione sussidiaria”, la quale viene concessa quando, pur non sussistendo i requisiti per la protezione internazionale, il richiedente asilo versi in una condizione di danno grave nel paese da cui è fuoriuscito, quale la condanna a morte, la tortura o un trattamento inumano o degradante, la minaccia grave e individuale alla vita derivante da violenza in situazioni di conflitto armato interno o internazionale e sempre che non abbia commesso crimini contro la pace, di guerra o contro l'umanità, o reati gravi ovvero non costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato o per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Accanto a queste due categorie, di più diretta attuazione della Convenzione sui Rifugiati di Ginevra del 1954, il legislatore nazionale individua altre categorie di protezione: quella umanitaria e quella per asilo politico c.d. “costituzionale”.

La protezione “umanitaria” è prevista dall'articolo 5 comma 6 del D.lg. 286/1998 che prevede la possibilità di esaminare serie esigenze umanitarie, anche in pendenza di motivi legittimanti il diniego o la revoca del permesso di soggiorno.

Altra norma significativa è quella prevista dall'art. 19 comma 1 D.lvo 286/1998 che prevede che *“in nessun caso può disporsi il respingimento verso uno stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere inviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.”*

Appare chiaro che questa norma ha una portata più ampia rispetto a quella della Convenzione di Ginevra, anche in relazione ai motivi ostativi al riconoscimento dello status di rifugiato previsti dall'art. 1 della L.39/90. La norma, infatti, è perentoria: “in nessun caso”, afferma, si

procede ad espulsione allorquando vi sia la mera possibilità, che è cosa ben diversa dal fondato timore richiesto per il riconoscimento dello status di rifugiato.

E' evidente che la protezione accordata è minore di quella della convenzione di Ginevra, ma, comunque, tale norma va considerata nella sua formulazione letterale.

Cfr. Trib.le di Palermo Giudice Tomasino, Ord. Del 27.11.02 n.3964/02.

Benché citata all'ultimo per motivi espositivi, sicuramente non ultima per importanza è la menzione dell'asilo politico presente nella Costituzione dello Stato Italiano.

Accanto alla tutela accordata ai rifugiati ai sensi della citata Convenzione di Ginevra, già la Costituzione Italiana, all'art.10 comma 3° aveva previsto il diritto d'asilo, prevedendone il riconoscimento **a coloro ai quali sia impedito nel loro paese l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione.**

Dopo un primo orientamento che riteneva tale articolo non immediatamente precettivo, la giurisprudenza ha ritenuto che la norma di cui al citato art.10 comma 3° avesse un immediato contenuto precettivo, peraltro avente consistenza piena di diritto soggettivo.

“L'asilo politico costituisce oggetto di un diritto soggettivo perfetto tutelabile dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

*Trib. Roma, 01/10/1999 - PARTI IN CAUSA Ocalan C. Pres. Cons.” FONTE
Questione Giustizia, 1999, 1178.*

La Giurisprudenza della Suprema Corte è poi intervenuta per distinguere la fattispecie dell'art.10 comma 3 cost. rispetto a quella della Convenzione di Ginevra ribadendo per ambedue le fattispecie la sussistenza della competenza dell'AGO, trattandosi, comunque, in ambedue i casi di diritti soggettivi pieni.

“La qualifica di rifugiato politico ai sensi della convenzione di Ginevra del 29 luglio 1951 costituisce, come quella di avente diritto all'asilo (dalla quale si distingue perché richiede quale fattore determinante un fondato

timore di essere perseguitato, cioè un requisito non richiesto dall'art. 10, comma 3, cost.), una figura giuridica riconducibile alla categoria degli "status" e dei diritti soggettivi, con la conseguenza che tutti i provvedimenti assunti dai competenti organi in materia hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva, e le controversie riguardanti il riconoscimento della posizione di rifugiato (così come quelle sul riconoscimento del diritto di asilo) rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, una volta espressamente abrogato dall'art. 46, l. n. 40 del 1998, l'art. 5, d.l. n. 416 del 1989, conv. con modificazioni dalla l. n. 39 del 1990 (abrogazione confermata dall'art. 47 del testo unico d.lg. n. 286 del 1998), che attribuiva al giudice amministrativo la competenza per l'impugnazione del provvedimento di diniego dello "status" di rifugiato. Cass. civ., Sez. un., 17/12/1999, n.907”.

Questa sentenza, decisiva per la determinazione della competenza assume particolare importanza perché segna comunque la demarcazione, netta, tra diritto d'asilo costituzionalmente garantito e status di rifugiato ex convenzione di Ginevra.

Differenza che la citata sentenza Ocalan ha ulteriormente evidenziato “*Ai sensi dell'art. 10 comma 3 cost. il diritto di asilo si configura come un diritto soggettivo perfetto che sorge in capo allo straniero allorché venga accertato l'impedimento nel Paese di origine all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Tale situazione soggettiva è diversa, per presupposti e per fonte giuridica, da quella del rifugiato. Trib. Roma, 01/10/1999”*

Conformemente (in relazione alla differenza tra rifugiato e richiedente asilo ex art.10 cost.) la Giustizia Amministrativa “*Lo status di rifugiato politico, che può essere ottenuto solo quando vi sia pericolo di persecuzioni personali in caso di rientro nel paese di origine, si differenzia dal diritto di asilo, previsto dall'art. 10, 3° comma cost., il quale peraltro comporta per l'interessato minori benefici, potendo consistere al limite nel solo diritto a non essere espulso dal paese, in quanto tale diritto è riconoscibile anche solo in presenza di una situazione di mancanza di libertà democratiche nel paese di origine.*

T.A.R. Friuli-V. Giulia, 23/01/1992, n.15”

Appare chiaro che questa norma ha una portata più ampia rispetto a quella della Convenzione di Ginevra, anche in relazione ai motivi ostativi al riconoscimento dello status di rifugiato previsti dall'art.1 della L.39/90. La norma infatti è perentoria: “in nessun caso”, afferma, si procede ad espulsione allorquando vi sia la mera possibilità, che è cosa ben diversa dal fondato timore richiesto per il riconoscimento dello status di rifugiato.

E' evidente che la protezione accordata è minore di quella della convenzione di Ginevra, ma comunque tale norma va considerata nella sua formulazione letterale.

Cfr. Trib.le di Palermo Giudice Tomasino, Ord. Del 27.11.02 n.3964/02.

Conclusioni

Tale rapido e incompleto excursus sulla normativa italiana, consente tuttavia di cogliere l'evoluzione del diritto dell'immigrazione, sovente “in pejus”.

Il susseguirsi caotico di norme, anche di livello secondario, le interpretazioni ministeriali e il rilevante “corpus” giurisprudenziale maturato, rendono la materia di difficile interpretazione e applicazione per gli operatori del settore.

A monte, resta forse un problema di fondo irrisolto, che attiene probabilmente alla formazione del diritto dell'immigrazione.

Lo stesso, infatti, sin dall'origine è stato vissuto e creato come un ambito specialistico del diritto di polizia, come “problema” quindi da controllare e non come “risorsa”, sia pur complessa, da gestire.

La “questione immigrazione”, è stata interamente demandata, dal punto di vista legislativo a tecnici ministeriali, prevalentemente del comparto di Pubblica Sicurezza, ed sono mancati, in fase di elaborazione, un serio confronto dottrinario con i giuristi e gli operatori “terzi” e una seria analisi sociologica e multi-culturale.

A ciò si aggiunge che, come è tristemente noto, benché nelle politiche dell'immigrazione, almeno per quanto attiene agli aspetti repressivi, non vi siano state grandi soluzioni di continuità tra governi di sinistra e di

destra, tali temi siano stati ampiamente strumentalizzati dalle parti politiche per giustificare l'estensione "ad libitum" di politiche securitarie sganciate o quantomeno quanto più "sgravate" dal tradizionale e costituzionalmente previsto controllo dell'autorità giudiziaria "terza".

I continui emendamenti alla normativa italiana sull'immigrazione, da parte della Corte Costituzionale, proprio perché non in linea con i principi fondamentali della Repubblica Italiana, fondata su alti valori di democrazia, pace, uguaglianza e rispetto dei diritti fondamentali della persona, sono il miglior commento all'attuale stato delle cose.

SOCCORSO E SALVATAGGIO IN MARE

Come è noto a tutti, e le vicende apparse sui media ce lo confermano, sembrerebbe che, a livello normativo ci sia quasi una contraddizione, non risolta, tra l'obbligo previsto da una secolare legge del mare, ma anche dal diritto positivo, di soccorrere i naufraghi o le persone comunque in difficoltà, e le esigenze di contrasto alla migrazione clandestina.

La disamina odierna proverà a verificare se tale assunto sia o meno veritiero.

Se, in altri termini, il quadro normativo attuale, ponga pericolosamente a rischio le esigenze di solidarietà, intimamente presenti nel DNA della gente di mare, a favore della necessità di cercare di contrastare il flusso di migranti che, in misura del tutto minoritaria rispetto ai flussi via terra, scelgono la via del mare per approdare in territorio italiano.

Il Quadro Normativo

Il Quadro Normativo internazionale

“La Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982 (Unclos) costituisce la fonte primaria del diritto internazionale del mare. Tra le norme che non possono essere oggetto di deroga da parte degli Stati, anche mediante accordi con altri Stati, va richiamato anzitutto l'art. 98 dell'Unclos, che applica il principio fondamentale ed elementare della solidarietà. Ogni Stato - si legge - impone che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nei limiti del possibile e senza che la nave, l'equipaggio e i passeggeri corrano gravi rischi, presti assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare e vada il più presto possibile in soccorso delle persone in difficoltà.

Varie convenzioni internazionali costituiscono un completamento della Convenzione di Montego Bay.

In primo luogo, secondo l'art. 10 della Convenzione del 1989 sul soccorso in mare «ogni comandante è obbligato, nella misura in cui ciò non crei pericolo grave per la sua nave e le persone a bordo, a soccorrere ogni persona che sia in pericolo di scomparsa in mare. Gli Stati adotteranno tutte le misure necessarie per far osservare tale obbligo». La Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (Solus) impone al comandante di una nave «che si trovi nella posizione di essere in grado

di prestare assistenza avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione».

La terza Convenzione internazionale che va ricordata riguarda la ricerca e il salvataggio marittimo. In base alla Convenzione on Maritime Search and Rescue Sar del 1979 l'autorità responsabile per l'applicazione della convenzione è il Ministro dei trasporti, mentre l'organizzazione centrale e periferica è affidata al Comando generale del Corpo delle Capitanerie di porto e a relative strutture periferiche. La Convenzione impone un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare, senza distinguere a seconda della nazionalità o dello stato giuridico, stabilendo altresì, oltre all'obbligo della prima assistenza, anche il dovere di sbarcare i naufraghi in un «luogo sicuro».

(Fulvio Vassallo Paleologo - Il Manifesto 05.08.2007)

L'obbligo di salvataggio e soccorso per i natanti civili previsto dal codice della navigazione

Il Legislatore italiano ha pienamente adeguato la propria normativa interna ai principi dettati dalle convenzioni internazionali.

L'obbligo di soccorso da parte di natanti mercantili a persone o mezzi in difficoltà in mare è, quindi, sancito esplicitamente dal C.N., ma in attuazione del principio di sussidiarietà, la partecipazione dei mezzi civili a tali operazioni avviene o su impulso dell'autorità marittima competente, in caso questa non abbia mezzi sufficienti o disponibili (art.69 e 70), o di iniziativa del comandante, al verificarsi di un evento di pericolo o che richiede un soccorso, del quale lo stesso comandante abbia notizia, sempre nel rispetto della sicurezza della navigazione, dell'utilità della propria opera e qualora non vi siano altri mezzi che possano più utilmente svolgere tale compito.

69. Soccorso a navi in pericolo e a naufraghi.

L'autorità marittima, che abbia notizia di una nave in pericolo ovvero di un naufragio o di altro sinistro, deve immediatamente provvedere al soccorso, e, quando non abbia a disposizione né possa procurarsi i mezzi necessari, deve darne avviso alle altre autorità che possano utilmente intervenire (1).

Quando l'autorità marittima non può tempestivamente intervenire, i primi provvedimenti necessari sono presi dall'autorità comunale.

70. Impiego di navi per il soccorso.

Ai fini dell'articolo precedente, l'autorità marittima o, in mancanza, quella comunale possono ordinare che le navi che si trovano nel porto o nelle vicinanze siano messe a loro disposizione con i relativi equipaggi.

Le indennità e il compenso per l'opera prestata dalle navi sono determinati e ripartiti ai sensi degli articoli 491 e seguenti.

489. Obbligo di assistenza. (1)

L'assistenza a nave o ad aeromobile [c.n. 743] in mare o in acque interne, i quali siano in pericolo di perdersi, è obbligatoria, in quanto possibile senza grave rischio della nave soccorritrice, del suo equipaggio e dei suoi passeggeri, oltre che nel caso previsto nell'articolo 485, quando a bordo della nave o dell'aeromobile siano in pericolo persone.

Il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla [c.n. 1158].

“La sussistenza e la gravità del pericolo devono sempre apprezzarsi in base ad un giudizio ex ante, non solo quando il pericolo venga giudicato certo, ma anche quando sia, o sia ritenuto, soltanto probabile o concretamente possibile dal comandante della nave in difficoltà.

App. Cagliari, 26/07/1990”

PARTI IN CAUSA

Soc. rimorchiatori sardi C. Soc. Tirrenia navigaz.

Il pericolo corso dalla nave non deve essere necessariamente quello di perdersi, potendosi risolvere anche soltanto in un'angustia o avversità implicanti un pregiudizio futuro, ancorché non assoluto o imminente.

Trib. Cagliari, 20/10/1989

PARTI IN CAUSA

Soc. rimorchiatori sardi C. Comp. armatrice Cnan

490. Obbligo di salvataggio

Quando la nave o l'aeromobile in pericolo sono del tutto incapaci, rispettivamente, di manovrare e di riprendere il volo, il comandante della nave soccorritrice è tenuto, nelle circostanze e nei limiti indicati dall'articolo precedente, a tentarne il salvataggio, ovvero, se ciò non sia possibile, a tentare il salvataggio delle persone che si trovano a bordo.

E' del pari obbligatorio, negli stessi limiti, il tentativo di salvare persone che siano in mare o in acque interne in pericolo di perdersi [c.n. 1158].

La situazione di pericolo della nave, delineata dall'art. 489 cod. nav. in tema di assistenza e salvataggio, non è esclusa dall'eventuale imputabilità di essa a scelte poco oculate del comandante; detta situazione, pertanto, è ravvisabile nel caso di nave in porto, che abbia perduto autonoma navigabilità, con rischio di arenamento, per il cattivo assetto dipendente dal caricamento, ancorché il normale assetto possa essere recuperato con una riduzione del carico.

Cass. civ., Sez. I, 27/04/1990, n.3534

PARTI IN CAUSA

Big Trans Shipping S A C. Soc. Fast Shipping

FONTI

Le sanzioni penali previste dal codice della navigazione

1158. Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo.

Il comandante di nave, di galleggiante o di aeromobile nazionale o straniero, che ometta di prestare assistenza ovvero di tentare il salvataggio nei casi in cui ne ha l'obbligo a norma del presente codice [c.n. 489, 490, 981, 982], è punito con la reclusione fino a due anni.

La pena è della reclusione da uno a sei anni, se dal fatto deriva una lesione personale; da tre a otto anni, se ne deriva la morte.

Se il fatto è commesso per colpa, la pena è della reclusione fino a sei mesi; nei casi indicati nel comma precedente, le pene ivi previste sono ridotte alla metà.

Il reato di cui all'art. 1158 cod. nav., omissione di assistenza a navi o persone in pericolo, ha natura di reato di pericolo, che si consuma con il fatto stesso dell'omissione di assistenza o del tentativo di salvataggio, giustificato dal dovere di adempimento delle funzioni di cosiddetta solidarietà marittima (nell'occasione la Corte ha ulteriormente affermato che in materia non possono avere efficacia scriminante esigenze di carattere patrimoniale).

Cass. pen., Sez. III, 23/11/2005, n.568

Il Testo Unico e le norme sanzionatrici delle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina:

10. Respingimento.

(Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 8)

1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato.

2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri:

a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo;

b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso.

3. Il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti di cui all'articolo 4, o che deve essere comunque respinto a norma del presente articolo, è tenuto a prenderlo immediatamente a carico e a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero. Tale disposizione si applica anche quando l'ingresso è negato allo straniero in transito, qualora il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel Paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo o le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso o lo abbiano rinvioato nello Stato (42).

4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

5. Per lo straniero respinto è prevista l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera.

6. I respingimenti di cui al presente articolo sono registrati dall'autorità di pubblica sicurezza.

12. Disposizioni contro le immigrazioni clandestine.

(Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 10)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque in violazione delle disposizioni del presente testo unico compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero, ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona

3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare

l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da quattro a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona (50).

3-bis. Le pene di cui ai commi 1 e 3 sono aumentate se:

a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;

b) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità;

c) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante;

c-bis) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti (51).

3-ter. Se i fatti di cui al comma 3 sono compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento, la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona (52).

3-quater. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-bis e 3-ter, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti (53).

3-quinqües. Per i delitti previsti dai commi precedenti le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti (54).

6. Il vettore aereo, marittimo o terrestre, è tenuto ad accertarsi che lo straniero trasportato sia in possesso dei documenti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato, nonché a riferire all'organo di polizia

di frontiera dell'eventuale presenza a bordo dei rispettivi mezzi di trasporto di stranieri in posizione irregolare. In caso di inosservanza anche di uno solo degli obblighi di cui al presente comma, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 per ciascuno degli stranieri trasportati. Nei casi più gravi è disposta la sospensione da uno a dodici mesi, ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall'autorità amministrativa italiana inerenti all'attività professionale svolta e al mezzo di trasporto utilizzato. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689 (59).

Le discriminanti:

L'art.12 comma 2 D.lvo 286/98

Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.

Art.51. c.p. Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere. (1)

L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale [c.p. 357] che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine (2) (3).

L'art.54 c.p.

54. Stato di necessità.

Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo .

Conclusioni

Il quadro normativo testé delineato pare, quindi, delineare, in maniera sufficientemente chiara, come l'obbligo primario del comandante di nave mercantile sia quello del salvataggio e soccorso di natanti e vite umane in pericolo.

Resta tuttavia lasciata all'apprezzamento, innanzitutto del comandante e poi dell'autorità giudiziaria, la percezione esatta del momento del pericolo e, quindi, della fattispecie determinante l'obbligo giuridico di intervenire, atteso che, in tale concetto possono aversi interpretazioni più o meno estensive.

In tale senso sicuramente, la normativa attuale resta con larghe zone grigie, che devono essere colmate con un lavoro di ermeneutica e applicativo, che, tuttavia non può prescindere dai principi generali e dalle convenzioni internazionali, in particolare la CEDU, la convenzione di Ginevra sui rifugiati, la convenzione di New York sui diritti del fanciullo, e i principi umanitari a base del nostro ordinamento, e quindi il diritto all'integrità fisica e alla salute, il diritto al c.d. non refoulement, il diritto d'asilo politico, etc.

Appare, quindi, evidente, alla luce di quanto sopra esposto, che lo stato di pericolo potrebbe anche essere determinato non soltanto dall'immediato rischio di affondamento, che pure è quasi implicito nel caso, ad esempio, di un gommone in acque internazionali sovraccarico di persone, ma allorquando, l'eventuale accompagnamento verso il porto di provenienza, così come previsto dall'art.10 D.lvo 286/98 esporrebbe il naufrago ad un pericolo di persecuzione ex art.19 D.lvo 286/1998.

Palermo li 17.09.2012

Avv. Giorgio Bisagna

Bibliografia Essenziale

Codice per gli Stranieri Edizione 2011 CELT

Codice delle Leggi di PS e delle Forze dell'Ordine Edizione 1992 Edizioni Simone

F. Buffa, "Il Rapporto di Lavoro degli Extracomunitari" Tomo I, CEDAM 2009

V. Musacchio, "Diritto Penale dell'Immigrazione", Giuffrè Editore 2005

Morozzo della Rocca e Cognini, "Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali", Utet 2005

Bellagamba e Cariti, "La disciplina dell'immigrazione", Giuffrè editore 2005

P. Cendon (a cura di), "I diritti della Persona, tutela civile, penale, amministrativa", Utet 2005

F. Viola e I. Trujillo (a cura di), "Identità, diritti, ragione pubblica in Europa", Il Mulino 2007

AA.VV. "Atti del Seminario Internazionale: verso un più ordinato e gestito ingresso nell'Unione Europea delle persone che necessitano di protezione internazionale", 13-14-Ottobre 2003 - Roma

S. Palidda (a cura di) "Il discorso" ambiguo sulle migrazioni" Mesogea 2010