

## L'ASSISTENZA UMANITARIA DELLE ONG SOTTO INCHIESTA

Salvatore Orlando\*

SOMMARIO: 1. Dal testo al contesto: l'aggiornamento di FRA sulle operazioni SAR delle ONG... – 2. ...e dal contesto al testo: la Comunicazione della Commissione europea sulla Direttiva contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (2020/C 323/01). – 3. Ancora in *varietate discordia* o verso un cambio di paradigma?

### 1. *Dal testo al contesto: l'aggiornamento di FRA sulle operazioni SAR delle ONG...*

Delle trentatré imbarcazioni appartenenti alle Organizzazioni non governative (ONG), variamente coinvolte nelle operazioni di *Search and Rescue* (SAR) nel Mar Mediterraneo, e censite dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), ben ventitré sono state oggetto di almeno un procedimento giudiziario da parte delle autorità dei Paesi membri. Si consideri, inoltre, che delle dieci imbarcazioni immuni da procedimenti giudiziari, ben sette hanno interrotto le loro operazioni di assistenza umanitaria in alto mare almeno da ottobre 2019<sup>1</sup>. Le rimanenti tre – non ancora destinatarie di alcuna particolare *attenzione* da parte delle autorità giudiziarie – hanno iniziato ad operare non prima dello scorso maggio 2020<sup>2</sup>. Altre ricerche confermano, infine, che le azioni giudiziarie e le indagini penali in dieci Stati membri nei confronti di individui – volontari, difensori dei diritti umani, equipaggi di ONG – ammontano a circa sessanta, tra il 2015 e il 2019, con un picco di casi nel 2018<sup>3</sup>.

\* Dottore di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> Cfr. FRA, *June 2021 Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights*, 18 giugno 2021. Il nuovo documento di aggiornamento del dicembre 2021 fotografa la stessa situazione, evidenziando altresì il ricorso a forme di finanziamento a favore della guardia costiera libica per bloccare i flussi migratori: cfr. *Autorizzazione e proroga missioni internazionali nell'anno 2021*, approvata dalla Camera dei deputati con risoluzione n. 6/00194 del 15 luglio 2021.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Research Social Platform on Migration and Asylum (ReSOMA), Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*, giugno 2019.

Il quadro descritto e brevemente sintetizzato dal documento di aggiornamento del FRA, pubblicato a giugno 2021, ci avverte di un aspetto non più trascurabile: le ONG operano in un contesto giuridico ostile, che – sull’altare della lotta al traffico di migranti – ne ostacola il perseguimento delle finalità umanitarie.

I dati illustrati, tuttavia, possono anche essere interpretati nel senso di ritenere sempre più forte la *domanda* di assistenza umanitaria, a cui consegue quindi un aumento di *offerta*: da qui, il naturale proliferare di ONG che si sono impegnate, nonostante le forti resistenze dell’Unione europea e dei suoi Stati membri, a predisporre equipaggi e imbarcazioni destinate ad operare nelle zone SAR del Mar Mediterraneo.

Si assiste, pertanto, ad una *ambivalenza* tra il *contesto*, che spinge verso l’incremento di operazioni di soccorso a beneficio di migranti in pericolo di vita in alto mare, e il piano *normativo*, che invece non chiarisce in modo definitivo i limiti dell’assistenza umanitaria rispetto all’integrazione del delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, di cui al *Facilitator Package* (i.e. Direttiva 2002/90/CE volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali e la Decisione Quadro 2002/946/GAI relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali).

Da detta ambivalenza, che porta con sé gravi incertezze giuridiche e il timore delle ONG di ripercussioni penali e amministrative, è germinata, in particolare in Italia, la nota stagione dei “porti chiusi” (e, poi, “socchiusi”<sup>4</sup>), i cui effetti collaterali sono ben riassunti nel documento di aggiornamento di FRA. Quest’ultimo elenca, nel proprio *Annex*, più di venti imbarcazioni delle ONG, che, in varie occasioni, sono state costrette a navigare fuori dalle acque territoriali per un periodo superiore alle 24 ore in cerca in un “luogo sicuro” in cui potere sbarcare i naufraghi soccorsi in alto mare. L’elenco ci restituisce l’immagine di un periodo politicamente instabile, che, ripercuotendosi “sulla pelle dei migranti”, ha spinto verso la criminalizzazione ed emarginazione delle ONG impegnate nei soccorsi in alto mare.

L’assunzione del compito di un “soccorso civile” in mare ha, d’altronde, esposto le ONG – spregiativamente etichettate come “taxi del mare” – a una dura reazione istituzionale per il ruolo di supplenza nell’esercizio di quelle funzioni propriamente amministrative – come il controllo delle frontiere e dei flussi migratori – che spetterebbero, in linea teorica, allo Stato.

<sup>4</sup> S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, marzo 2021.

2. ...e dal contesto al testo: la Comunicazione della Commissione europea sulla Direttiva contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (2020/C 323/01)

Il *contesto* narrato dovrebbe essere integrato dal ruolo sia della Guardia costiera libica, che pattuglia le coste africane, che delle navi mercantili, chiamate ad intervenire in soccorso di migranti in pericolo di naufragio in alto mare, o ancora dal fenomeno, non di recente emersione ma di indubbia 'esplosione', degli *sbarchi fantasma*: si tratta, a mio avviso, di alcuni *effetti collaterali* delle politiche securitarie di contrasto al traffico di migranti e della relativa criminalizzazione dell'assistenza umanitaria che ha interessato i Paesi rivieraschi europei.

Quest'ultimo aspetto si inserisce di diritto all'interno della controversa questione relativa all'interpretazione da fornire alla Direttiva sul favoreggiamento, che dispone l'adozione da parte degli Stati membri di adeguate sanzioni «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri» (Art. 1, par. 1, lett. a), e, al contempo, al successivo par. 2 prevede la *possibilità di non adottare* sanzioni nei confronti di comportamenti che mirano proprio a prestare ai migranti assistenza umanitaria.

Sono essenzialmente due gli aspetti più salienti della rigida disciplina repressiva e sono ricollegabili: a) all'assenza del requisito – in funzione di dolo specifico – dello scopo di lucro, del c.d. *financial gain*, che, invece, caratterizza la stessa formulazione prevista dal Protocollo *smuggling*, allegato alla Convenzione ONU di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale; e b) alla mera *facoltà*, e non obbligo, per gli Stati membri di prevedere l'esclusione della punibilità dell'assistenza umanitaria.

A ben vedere, dunque, la disciplina del *Facilitator Package* è orientata a contrastare «sia la migrazione irregolare, sanzionando il favoreggiamento in relazione all'attraversamento illegale delle frontiere, sia le reti della criminalità organizzati che mettono in pericolo la vita dei migranti». La stessa impostazione – ben lungi dall'approccio *migrant-sympathetic*<sup>5</sup> che invece adotta il Protocollo *smuggling* – ha dato la stura alla criminalizzazione, all'interno dei Paesi membri, delle attività SAR condotte da volontari e dalle imbarcazioni

<sup>5</sup> Cfr. A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, Torino, 2019, p. 152.

delle ONG: queste ultime, pur soccorrendo, senza finalità di lucro, i migranti in pericolo, sono state accusate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per averne procurato l'ingresso nel territorio nazionale.

Sul punto, tuttavia, sulla scia delle tragiche vicende dei naufragi e delle inchieste giudiziarie contro le operazioni di soccorso operate dalle ONG, la Commissione europea ha preso una netta posizione con la Comunicazione sugli *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*<sup>6</sup>. La Commissione – sollecitata da una risoluzione del Parlamento<sup>7</sup> – era chiamata ad *assicurare chiarezza e uniformità nell'attuazione del Facilitator Package* con particolare riguardo alla (non) configurabilità del reato di favoreggiamento in ipotesi di assistenza umanitaria.

La Comunicazione della Commissione rappresenta uno *step* fondamentale nell'avanzamento della politica migratoria, in materia penale, dell'Unione europea, verso la non punibilità dell'assistenza umanitaria delle ONG: per la prima volta e in parziale dissenso rispetto ad una precedente valutazione positiva del *Facilitator Package*<sup>8</sup>, si scolpisce in un atto politico-programmatico, seppur non vincolante, che «la criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce una violazione del diritto internazionale e di conseguenza non è permessa dal diritto dell'UE».

La Commissione, in particolare, riconosce *expressis verbis* la sussistenza di un obbligo internazionale di soccorso alle persone e alle imbarcazioni in pericolo, riconducibile ad una consuetudine vincolante per tutti paesi. Tuttavia, la Commissione mentre fa un passo avanti, verso una interpretazione autentica della Direttiva sul favoreggiamento, non affronta il problema di maggiore rilievo, descritto dal citato *Annex* del FRA, relativo all'indicazione di un "luogo sicuro" (POS) per lo sbarco dei naufraghi: è un dato ormai pacifico che l'assistenza umanitaria non possa limitarsi al soccorso in alto mare, ma debba consentire di trasportare i migranti in un luogo in cui non rischia-

<sup>6</sup> *Orientamenti della Commissione sull'attuazione delle norme dell'UE concernenti la definizione e la prevenzione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, 2020/C 323/01.

<sup>7</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2018 su orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria, 2018/21769 (RSP).

<sup>8</sup> Cfr. Valutazione REFIT del quadro giuridico dell'UE contro il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, 2017.

no di subire gravi violazioni dei loro diritti<sup>9</sup>. Sul punto, in effetti, è sorprendente constatare come la Comunicazione si limiti ad osservare che «tutti gli attori coinvolti (nelle operazioni di salvataggio) devono rispettare le istruzioni dell'autorità di coordinamento, conformemente ai principi generali e alle norme applicabili del diritto internazionale e dei diritti umani»: in questo modo, si compie una giravolta che – rammentando la ovvia affermazione dell'obbligatorietà dell'assistenza umanitaria in alto mare – lascia ancora una volta insoluto il tema dell'individuazione del POS in cui far sbarcare i migranti. Per vero, l'individuazione del POS è regolata da norme internazionali e si risolve caso per caso, trattandosi di un'operazione da compiersi in base alle circostanze della situazione concreta. Tuttavia, menzionare soltanto la necessità di un coordinamento con le autorità nazionali non agevola la risoluzione dei casi più problematici: come suggerito dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa<sup>10</sup>, la Commissione avrebbe potuto riconoscere una più ampia discrezionalità al comandante che, constatando la riluttanza degli stati al rilascio dell'autorizzazione allo sbarco, decida autonomamente – secondo una valutazione che privilegi gli interessi individuali delle persone soccorse – di entrare nelle acque territoriali di uno stato europeo per procedere allo sbarco.

Lasciando invece invariato il quadro giuridico di riferimento, le navi delle ONG, nella minaccia di una reazione repressiva da parte degli Stati membri, sono costrette a navigare in acque internazionali, pur a seguito delle *obbligatorie* operazioni di soccorso, in attesa delle “istruzioni dell'autorità di coordinamento” circa il porto in cui sbarcare. D'altronde, è pur sempre con l'ingresso nelle acque territoriali nazionali – e non con il mero soccorso in alto mare, in un luogo in cui non sussiste la giurisdizione di alcuno stato – che vengono violate le regole interne (penali e/o amministrative).

### 3. Ancora in varietate discordia o verso un cambio di paradigma?

Quanto “raccomandato” dalla Commissione europea si inserisce dunque

<sup>9</sup> Cfr. *Guidelines on the Treatment of Persons rescued at sea* dell'International Maritime Organization del 20 maggio 2004. Si v., inoltre, M. STARITA, *Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione della punibilità*, in M. SAVINO ET AL. (a cura di), *Annuario ADiM 2020*, Napoli, 2021, pp. 714-721.

<sup>10</sup> *Vite salvate. Diritti protetti. Colmare le lacune in materia di protezione dei rifugiati e migranti nel Mediterraneo*, 2019.

in un *contesto* che sottende un approccio di sfiducia e di delegittimazione nei confronti delle attività di soccorso delle ONG, in un più ampio quadro di avversione nei confronti di natanti – specialmente se battenti bandiera straniera – che, sostituendosi ai poteri statali, tentano di salvare vite in mare. Allo stato, si può scorgere una (non più tanto latente) conflittualità tra le *ragioni di stato* di controllo delle frontiere e le *ragioni individuali* di tutela dei diritti fondamentali: in un mondo fortemente polarizzato, purtroppo, il dibattito politico – nella lentezza anche dell'*iter* giudiziario e legislativo – oscilla tra i due poli, senza riuscire a trovare, ad oggi, un giusto compromesso.

La disciplina europea di contrasto al traffico di migranti si è caratterizzata per un approccio fortemente repressivo, pervaso da un'impostazione stato-centrica, in cui dominano la tutela delle frontiere e la gestione ordinata dei flussi migratori. In questo senso, la stessa condotta di *facilitation*, descritta dall'art. 1 della Direttiva sullo *smuggling*, ha una struttura concorsuale che si lega ad una condotta principale – che racchiude il vero nucleo di disvalore penale – che è quella dello straniero che *clandestinamente* entra in territorio europeo. La descrizione della condotta in questi termini allontana il fuoco dell'incriminazione dalla tutela dei diritti dei migranti. Il *paradigma* della reazione penale nel reato di *migrant smuggling*, secondo la prospettiva eurounitaria, risiede invero nella protezione accordata ai confini nazionali rispetto alla possibilità di ingressi irregolari. Non stupisce, quindi, che l'integrazione del reato prescindendo dallo sfruttamento dello straniero o dal conseguimento di un profitto. In linea con questa impostazione, l'art. 1, par. 2, della Direttiva concede agli Stati membri la facoltà di escludere la punibilità per il reato di favoreggiamento in entrata rispetto ai «cases where the aim of the behaviour is to provide humanitarian assistance to the person concerned»: la maggior parte degli Stati membri non ha esercitato la facoltà di prevedere la clausola di esclusione della punibilità in ipotesi di *smuggling* umanitario e – nei rari casi in cui tale opzione sia stata accolta dagli ordinamenti domestici<sup>11</sup> – è apparso evidente come questa sia stata scarsamente idonea a scriminare le condotte di salvataggio umanitario nel Mediterraneo.

Così, è avvenuto, in Italia, con il comma 2 dell'art. 12 D. Lgs 286/1998 (TUIMM) che esclude la punibilità del favoreggiamento solo qualora l'assistenza umanitaria sia prestata «in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello stato»: tale

<sup>11</sup> La Commissione segnala che soltanto otto Stati membri (Belgio, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Croazia, Italia e Malta) prevedono la non punibilità a titolo di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina dell'assistenza umanitaria.

formulazione non esclude quindi la punibilità di quelle operazioni di soccorso umanitario condotte in acque internazionali, dunque fuori dal *territorio dello stato*. Le navi delle ONG che fanno ingresso in acque territoriali con a bordo i naufraghi stranieri sono quindi esposte al rischio di una reazione punitiva, dovendo ritenere la loro condotta *tipica* rispetto alla fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, TUIMM, seppur dettata da motivi altruistici.

Vi sarebbero, invero, alcune argomentazioni per evitare la criminalizzazione delle ONG: tra le altre, nei limiti del presente contributo, è bene rammentare – *de iure condendo* – la proposta di introduzione del dolo specifico di lucro per l'integrazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 TUIMM, che consentirebbe di non configurare il reato *de quo* in ipotesi di operazioni SAR delle ONG; ovvero – *de iure condito* – interpretando la fattispecie incriminatrice nel senso di ritenere il difetto di tipicità per l'insussistenza del requisito della clandestinità (c.d. *illiceità speciale*), soprattutto laddove l'equipaggio della ONG, come avviene nella maggior parte dei casi, abbia comunque agito in coordinamento con le autorità nazionali, senza quindi sottrarre fraudolentemente i migranti, una volta sbarcati, all'*effettivo svolgimento dei controlli di frontiera*. Inoltre, in una recente pronuncia, i giudici italiani<sup>12</sup> hanno considerato scriminata la condotta del comandante di una nave ONG, che – nonostante un espresso divieto posto dall'autorità governativa di ingresso in territorio nazionale – abbia attraversato le acque territoriali per consentire lo sbarco dei migranti: e ciò in virtù dell'adempimento del dovere del soccorso in mare di cui all'art. 51 c.p., derivante proprio dalle fonti internazionali richiamate dalla Comunicazione già menzionata.

Rimane però il fatto che gli equipaggi delle ONG, come dimostra *inter alia* il menzionato documento FRA, siano esposti alla minaccia penale degli Stati membri, i cui ordinamenti sembrano prediligere – in linea con l'impostazione eurounitaria – le *ragioni di stato* rispetto alle *ragioni individuali*. Proprio per questo, l'approccio repressivo del diritto penale e la minaccia del relativo processo sembrano proiettarsi verso il ristabilimento dell'ordine violato dall'intervento di soccorso umanitario prestato dalle ONG. Queste ultime, avendo svolto di propria iniziativa un'attività al di fuori delle potestà e poteri statali, sembrano minacciare il potere costituito: si è detto, a tal proposito, che lo *smuggling* umanitario sia, in effetti, un atto di disobbedienza, un *crimen le-*

<sup>12</sup> Cfr. S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sistema Penale*, 24 febbraio 2020.

*sae majestatis*<sup>13</sup>. Il rimprovero mosso alle ONG non starebbe tanto nell'aver violato specifiche disposizioni incriminatrici, quanto nell'essersi sostituite a prerogative statali in modo arbitrario, contravvenendo a determinate politiche migratorie. Tuttavia, anche nell'ottica di un approccio fortemente securitario della disciplina anti-*smuggling* è necessario garantire la *ragionevolezza* e la *proporzionalità* dell'opzione di penalizzazione, con la conseguenza che non si può – a mio avviso – prescindere da una effettiva e piena valutazione degli *interessi individuali* in gioco, ossia di quegli stessi interessi individuali che le attività di soccorso umanitario delle ONG intendono proteggere<sup>14</sup>.

È chiaro, infine, che l'*aquis di Schengen* imponga un approccio attento e corale nel controllo delle frontiere esterne dell'Unione Europea, attraverso le quali – si sa – vengono commessi crimini transnazionali che meritano punizioni pronte e severe, ma altro è la criminalizzazione della solidarietà, la minaccia di una sanzione penale (o anche solo di un procedimento penale) per avere prestato soccorso a migranti *in distress*. In definitiva, le misure penali anti-*smuggling* – ritenute «*inadequate for the purpose*»<sup>15</sup> – da un lato, offrono al giudice un'arma spuntata contro il traffico di migranti, come fenomeno transnazionale che mette a repentaglio la vita delle persone ancor prima che l'interesse degli Stati alla gestione dei flussi migratori e, dall'altro, creano ancora i presupposti per la criminalizzazione di quelle attività di soccorso che rappresentano l'ultimo presidio di civiltà e umanità che – secondo il motto *in varietate concordia* – dovrebbe contraddistinguere l'azione dell'Unione Europea e degli Stati membri. Ora, se a poco valgono le manifestazioni di intenti sulla istituzione di un servizio civile europeo di salvataggio in mare, le speranze risiedono nelle iniziative e raccomandazioni della Commissione UE, a cui dovrà seguire, una improrogabile e profonda riforma del *Facilitator Package*, quantomeno nel senso di vietare agli Stati membri «la criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso».

<sup>13</sup> A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1859-1907.

<sup>14</sup> Cfr. V. MILITELLO, M. SAVINO, E. CAVASINO, A. SPENA, *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo, un cambio di passo per la mobilità delle persone in Europa?*, in *Giustizia insieme*, 30 giugno 2021.

<sup>15</sup> S. ZIRULIA, *Is that a smuggler? The Blurring Line between Facilitating Illegal Immigration and Providing Humanitarian Assistance at the European Borders*, in G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law*, Hart Studies, 2021, pp. 235-266.