

UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN
GIURISPRUDENZA

TESI IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

RELATORE: Prof.ssa ANGELA DEL VECCHIO

CORRELATORE: Prof. PIETRO PUSTORINO

L'UNIONE EUROPEA E IL CONTRASTO
AL TRAFFICO DI PERSONE.
IL RUOLO DI FRONTEX E DI EUNAVFOR
MED NEL QUADRO NORMATIVO
INTERNAZIONALE.

CANDIDATO: RICCARDO MALAVOLTI (Matr. 114633)

ANNO ACCADEMICO 2015 – 2016

**L'UNIONE EUROPEA E IL CONTRASTO AL
TRAFFICO DI PERSONE. IL RUOLO DI FRONTEX E DI
EUNAVFOR MED NEL QUADRO NORMATIVO
INTERNAZIONALE.**

**CAPITOLO I
IL TRAFFICO DI PERSONE**

1. PREMESSA	14
2. LA CONVENZIONE DI PALERMO CONTRO IL CRIMINE ORGANIZZATO TRANSNAZIONALE	17
2.1 IL PROCESSO NEGOZIALE	17
2.2 I LIVELLI DEGLI OBBLIGHI E IL MATERIALE INTERPRETATIVO	19
2.3 LA RELAZIONE FRA LA CONVENZIONE E I SUOI PROTOCOLLI	20
2.4 LO SCOPO E L'APPLICABILITÀ DELLA CONVENZIONE	21
2.5 L'OBBLIGO DI CRIMINALIZZAZIONE	22
3. IL TRAFFICO DI MIGRANTI	26
3.1 IL PROCESSO NEGOZIALE DEL PROTOCOLLO SUL TRAFFICO DI MIGRANTI	26
3.2 LA DEFINIZIONE DI TRAFFICO DI MIGRANTI	30
3.3 LO SCOPO E L'APPLICABILITÀ DEL PROTOCOLLO	31
3.4 LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI MIGRANTI OGGETTO DEL TRAFFICO 32	
3.5 LA CRIMINALIZZAZIONE DEL TRAFFICO DI MIGRANTI E DELLE CONDOTTE CORRELATE	33
3.6 IL TRAFFICO DI MIGRANTI VIA MARE	35
3.7 LA PREVENZIONE E LA COOPERAZIONE	39
3.8 L'ASSISTENZA E LA PROTEZIONE DEI MIGRANTI OGGETTO DEL TRAFFICO	41
4. LA TRATTA DI ESSERI UMANI	46
4.1 CENNI INTRODUTTIVI	46
4.2 IL PROTOCOLLO SULLA TRATTA DI ESSERI UMANI	47
4.2.1 LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA TRATTA	49
4.2.2 LA PROTEZIONE, LA TUTELA E L'ASSISTENZA DELLE VITTIME	51
4.2.3 LA PREVENZIONE DELLA TRATTA	54
4.3 LA CONVENZIONE DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULLA LOTTA CONTRO LA TRATTA DI ESSERI UMANI	57
4.4 IL DIVIETO DI TRATTA DI ESSERI UMANI COME NORMA DI DIRITTO INTERNAZIONALE CONSUETUDINARIO?	63
5. GLI ACCORDI BILATERALI	67
5.1 ACCORDI USA-STATI CARAIBICI: LO <i>SHIPRIDER MODEL</i>	69
5.2 ACCORDI MEDITERRANEI	71
6. LA NORMATIVA ITALIANA E GLI ACCORDI BILATERALI CON LA LIBIA ...	74
6.1 LA RATIFICA ITALIANA DELLA CONVENZIONE DI PALERMO L. 16 MARZO 2006, n. 146	74
6.2 LA RATIFICA ITALIANA DEL PROTOCOLLO SUL TRAFFICO DI MIGRANTI	75
6.3 LA TRATTA DI ESSERI UMANI NELLA NORMATIVA NAZIONALE	79
6.4 GLI ACCORDI ITALO-LIBICI	82

CAPITOLO II
IL CONTROLLO DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA:
IL RUOLO DI FRONTEX

1.	IL CONTROLLO DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE.....	87
2.	GLI ACCORDI DI SCHENGEN E LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE.....	88
3.	LO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E LA POLITICA COMUNE IN MATERIA D'IMMIGRAZIONE E ASILO.....	92
3.1	BREVI CENNI SULLA POLITICA COMUNE IN MATERIA DI ASILO	96
3.2	BREVI CENNI SULLA POLITICA COMUNE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE.....	99
4.	LA DISCIPLINA EUROPEA SUL TRAFFICO E SULLA TRATTA	101
4.1	LA DISCIPLINA EUROPEA SUL TRAFFICO DI MIGRANTI	101
4.2	LA DISCIPLINA EUROPEA SULLA TRATTA DI ESSERI UMANI.....	108
5.	FRONTEX E LA GESTIONE INTEGRATA DELLE FRONTIERE ESTERNE.....	113
5.1	LA COOPERAZIONE CON I PAESI TERZI DI ORIGINE O DI TRANSITO.....	119
5.2	LA NATURA GIURIDICA DEGLI ACCORDI DI LAVORO.....	129
6.	IL CONTROLLO DEI VALICHI DI FRONTIERA E DELLO SPAZIO DI FRONTIERA	135
6.1	LE OPERAZIONI CONGIUNTE DI FRONTEX.....	139
6.1.1	L'OPERAZIONE HERA	145
6.1.2	NAUTILUS, MARE NOSTRUM E TRITON	148
6.1.3	L'OPERAZIONE POSEIDON	154
7.	L'INTERDIZIONE IN MARE.....	158
7.1	L'INTERDIZIONE NELLE ACQUE TERRITORIALI.....	160
7.2	L'INTERDIZIONE NELLA ZONA CONTIGUA	162
7.3	L'INTERDIZIONE NELLE ACQUE INTERNAZIONALI.....	164
8.	IL RUOLO DI FRONTEX NELLE OPERAZIONI DI RICERCA, SALVATAGGIO IN MARE.....	169
8.2	L'OBBLIGO PER GLI STATI COSTIERI DI ATTIVARE SERVIZI DI RICERCA E SOCCORSO	171
8.3	IL REGOLAMENTO UE 656/2014	177
9.	LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI DURANTE LE OPERAZIONI IN MARE	181
10.	LA TUTELA DEI DIRITTI DEI RIFUGIATI IN MARE	187
11.	IL DIBATTITO IN MERITO ALLA CONFIGURABILITÀ DI UN "DIRITTO AD ESSERE SALVATI" E ALLA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ DI FRONTEX	192
11.1	LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ DI FRONTEX	194
11.2	L'EFFETTIVITÀ E IL MONITORAGGIO DEI DIRITTI UMANI NELL'AMBITO DI FRONTEX.....	203

CAPITOLO III
EUNAVFOR MED E IL CONTRIBUTO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA
NELLA LOTTA AL TRAFFICO DI PERSONE

1. L'AGENDA EUROPEA SULLA MIGRAZIONE	208
2. LA DECISIONE (PESC) 2015/778: EUNAVFOR MED (OPERAZIONE SOPHIA)	211
3. IL CONTRIBUTO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA DELLE NAZIONI UNITE: LA RISOLUZIONE 2240/2015.....	215
4. SVILUPPI E SFIDE FUTURE: IL PASSAGGIO ALLE FASI SUCCESSIVE DELL'OPERAZIONE	222
5. IL FLUSSO MIGRATORIO VIA MARE QUALE MINACCIA ALLA PACE E ALLA SICUREZZA INTERNAZIONALE?	225
5.1 LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL RICONOSCIMENTO DI UNA MINACCIA ALLA PACE E ALLA SICUREZZA INTERNAZIONALE	227
5.2 IL TRAFFICO DI MIGRANTI QUALE MINACCIA ALLA PACE E ALLA SICUREZZA INTERNAZIONALE	230
5.3 LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DELLO STATO D'ORIGINE E LA QUESTIONE DEL POSSIBILE USO DELLA FORZA	231
5.4 LA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA ESIGENZE UMANITARIE E SOVRANITA' DEGLI STATI	238
CENNI CONCLUSIVI	240

INTRODUZIONE

Il concetto di frontiera non ha un significato univoco e il suo contenuto ha subito e subisce cambiamenti a seconda del contesto storico, politico ed economico.

La frontiera è qui intesa come il limite dell'esercizio della sovranità nazionale e il luogo ultimo in cui essa si esplica e spazio nel cui interno si attuano le politiche in materia di gestione del territorio secondo i principi e i valori propri dello Stato territoriale. La frontiera diviene un simbolo, a volte addirittura un'aspirazione per l'affermarsi di una comunità nei confronti di quelle circostanti.

Le frontiere internazionali esistenti oggi non corrispondono necessariamente ad una comunità nazionale, ma possono rappresentare il limite di esercizio di valori comuni a più comunità, come ad esempio nel quadro dell'Unione europea e della gestione delle sue frontiere esterne.

La frontiera comune, somma delle frontiere e identità dei partecipanti, può comprendere anche una parte di mare in cui le modalità di esercizio della sovranità dello Stato costiero differiscono rispetto allo spazio terrestre. L'esercizio della sovranità in mare è difatti sottoposto a dei limiti che garantiscono l'esercizio di diritti da parte di Stati terzi.

Le migrazioni e le problematiche ad essa collegate sono poste all'attenzione degli Stati e dell'opinione pubblica oramai da molti anni come un fenomeno in ascesa dovuto a molteplici cause o motivi.

Gli eventi in Libia, Iraq, Siria, Afghanistan, per citare solo alcuni dei conflitti armati più recenti¹, e il sottosviluppo dilagante nella fascia subsahariana sono solo alcuni dei fattori che forzano sempre più persone a cercare di raggiungere l'Unione europea, attraverso il Mediterraneo o tramite altre rotte meno pericolose.

¹ Senza dimenticare Mali, Repubblica Democratica del Congo, Somalia, Repubblica Centrafricana, Sud Sudan e Ucraina tra gli altri.

Viene stimato in 219.000 il numero di migranti che durante il 2014 ha attraversato il mar Mediterraneo, una cifra più di tre volte superiore al precedente record, registratosi nel 2011 durante le c.d. "primavere arabe", stimato in 70.000. La situazione ha continuato a peggiorare durante il 2015 raggiungendo cifre mai toccate prima. La stragrande maggioranza del milione di migranti² che nel 2015 ha attraversato il Mediterraneo a bordo di imbarcazioni spesso inadatte alla navigazione fuggiva da guerre, persecuzioni e conflitti armati.

Contestualmente all'incremento degli arrivi sulle coste mediterranee, il numero delle vittime del mare è andato proporzionalmente aumentando. L'UNHCR, già nel 2011 definiva il Mediterraneo come "*la distesa d'acqua più mortale per migranti e rifugiati*", considerato che quell'anno si ebbero circa 1.500 morti in mare. La triste cifra era però destinata ad aumentare, arrivando a toccare livelli sempre più insostenibili per le istituzioni europee, per i governi nazionali e per l'opinione pubblica in generale.

Il sottosviluppo e i conflitti bellici sono solo due dei c.d. "*push factors*" che forzano ogni giorno, per ragioni differenti, migliaia di persone a lasciare le loro case per cercare un'esistenza migliore in luoghi differenti.

L'immigrazione spinge lo Stato di destinazione a dotarsi di regole per difendere il proprio territorio e la propria popolazione. Sorgono, così, normative sui lavoratori migranti legalmente ammessi volte a determinare diritti ed obblighi reciproci e regole per la tutela della sovranità statale e delle persone dei migranti.

Alla migrazione legale tuttavia si contrappone, in misura crescente, quella illegale: un fenomeno non certamente nuovo, ma oggi ancora più pressante e presente, a causa del coinvolgimento di organizzazioni criminali transnazionali. Tali organizzazioni svolgono infatti un ruolo facilitatore, gestendo il trasporto dei migranti fino ai paesi di destinazione.

Il concetto di "traffico di persone" può difatti essere inteso come il movimento non autorizzato di individui attraverso frontiere nazionali per il

² Relazione UNHCR 31 dicembre 2015. Reperibile su <http://data.unhcr.org/mediterranean/>.

profitto dei trafficanti, i quali violano le leggi statali sull'immigrazione a scopo di lucro.

Con la presente trattazione si vuole dunque definire il quadro giuridico europeo, internazionale e domestico applicabile al traffico di persone.

In particolare, nel primo capitolo verranno analizzati gli strumenti normativi riguardanti la repressione del traffico, la tutela delle vittime e le misure volte alla prevenzione di tale crimine. Particolare enfasi si porrà sul Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, primo, e finora unico, strumento internazionale specificamente riguardante al traffico di migranti, inteso diversamente dalla tratta.

È infatti grazie a tali strumenti che viene espressamente evidenziata la differenza fra il traffico di migranti e la tratta di esseri umani, peraltro già elaborata in un momento precedente da parte della dottrina.

L'eliminazione del requisito dello "sfruttamento" dalla fattispecie relativa al traffico di migranti ha permesso di isolare la condotta criminosa di coloro che "offrono" i propri servizi al fine di permettere alla controparte di fare ingresso in maniera irregolare nel paese di destinazione.

A differenza della tratta, nel caso del traffico, in linea generale, la relazione tra migrante e trafficante termina una volta giunti nel paese di destinazione. Inoltre, nel traffico, a differenza della tratta, rileva la volontà del migrante ad essere trasportato, elemento invece assente nella tratta.

Da tali considerazioni, come si vedrà, discendono importanti conseguenze in merito al regime di protezione applicabile ai soggetti passivi delle due condotte criminose.

Agli strumenti di carattere normativo si affiancano, in un'ottica generalmente multilaterale coordinata da Frontex, l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne, gli strumenti di natura operativa.

La soppressione dei controlli alle frontiere interne tra gli Stati membri e la creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

all'interno dell'Unione europea ha evidenziato la necessità di una gestione comune della frontiera esterna.

L'istituzione di Frontex, ha rappresentato un notevole passo in avanti in tale direzione. La maggior parte delle operazioni di Frontex riguardano il controllo della frontiera marittima.

Considerata la loro portata, è importante anticipare che i flussi migratori via mare sono flussi generalmente misti, riguardanti infatti sia ai movimenti "volontari" che a quelli involontari o forzati.

Nel primo caso si può parlare dei cd. "migranti economici", ossia quelle persone che decidono di trasferirsi per motivi che possono essere molteplici, come la fuga dalla povertà o la ricerca di una migliore istruzione.

Nel secondo caso si intendono invece i movimenti migratori generati da situazioni gravi di crisi nel paese d'origine o di residenza abituale, da situazioni di guerra (internazionale o interna) e i casi di esilio o di espulsione forzata.

L'identificazione della categoria di appartenenza dei migranti soccorsi in mare rappresenta il passaggio fondamentale per la determinazione dei diritti e degli obblighi reciproci.

La presente trattazione si propone di studiare gli strumenti operativi europei attinenti all'immigrazione irregolare via mare.

Lo studio avviene attraverso il reperimento e l'analisi delle norme applicabili agli strumenti operativi europei nelle operazioni in mare, con particolare riguardo alla protezione dei diritti fondamentali di migranti e rifugiati nel corso di tali operazioni. Non è pertanto oggetto di analisi il trattamento che i migranti ricevono una volta sbarcati sul territorio dello Stato di destinazione.

Posto che l'attraversamento dello spazio marittimo costituisce la parte più pericolosa del tragitto compiuto dai migranti, oltre al diritto internazionale del mare, settore del diritto internazionale che maggiormente partecipa alla definizione del regime giuridico applicabile, con la presente trattazione si vuole offrire un'analisi volta a sostenere l'esistenza di un rapporto di complementarità con gli strumenti europei e

internazionali in materia di criminalità organizzata transnazionale, di diritto d'asilo e dei diritti dell'uomo.

Si vuole inoltre studiare l'evoluzione del mandato di Frontex nel corso dei dieci anni che hanno seguito la sua istituzione, a partire dall'approccio di tipo securitario, vero principio cardine della politica comune europea in materia.

Le c.d. "*non arrival policies*" tendono infatti a scongiurare l'arrivo dei migranti prevenendone la partenza dai paesi di origine o di transito mediante la sottoscrizione di accordi bilaterali con i paesi nordafricani, balcanici e mediorientali.

In tale modo si è voluto di fatto "delegare" a tali paesi la gestione dei flussi migratori, al fine di evitarne l'arrivo in Europa.

Venivano e vengono inoltre adottate misure di interdizione in mare, anche nelle acque territoriali dei paesi di transito, al fine di evitare ogni tipo di arrivo sulle coste europee.

Questo processo di "esternalizzazione" in ottica securitaria del controllo della frontiera esterna europea ha retto, anche a costo di gravi violazioni dei diritti fondamentali dei migranti, finché, a seguito dello sconvolgimento causato dagli eventi successivi alle "primavere arabe", flussi migratori senza precedenti hanno iniziato a dirigersi verso l'Unione.

Si possono, in ogni caso, identificare due momenti che hanno dato inizio ad un profondo cambiamento della gestione della frontiera esterna dopo gli accadimenti delle "primavere arabe": la sentenza *Hirsi* della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2012 e il naufragio di Lampedusa del 3 ottobre 2013.

La prima ha condannato la politica italo-libica dei respingimenti in mare dei migranti, oltre a sancire la violazione dei diritti dei rifugiati anche nei casi di respingimenti "a catena", assestando un duro colpo alla politica dell'esternalizzazione del controllo della frontiera in assenza di adeguate garanzie per i migranti.

Il naufragio di Lampedusa del 2013 ha invece sensibilizzato le istituzioni europee, i governi nazionali e l'opinione pubblica in generale sul tema della migrazione. A partire da tale momento, il rispetto dei diritti

fondamentali dei migranti è divenuto uno dei principali criteri operativi dell'azione di Frontex. Non è un caso che da tale evoluzione ne sia seguita un'interpretazione più restrittiva del mandato di Frontex.

In tale ottica, il presente elaborato vuole analizzare come tali fattori abbiano inciso sulla gestione della frontiera marittima europea, con particolare riguardo alla protezione dei diritti fondamentali dei migranti, alla questione della determinazione del “luogo sicuro” di sbarco delle persone soccorse in mare e al controllo dell'operato di Frontex.

Saranno analizzate, pertanto, le operazioni congiunte coordinate da Frontex nel Mediterraneo, con particolare riguardo alle criticità che ognuna di esse comporta.

Verrà inoltre esaminato il tema dell'(ir)responsabilità di Frontex per le violazioni dei diritti fondamentali che abbiano luogo durante le operazioni da essa coordinate, nonché i progressi (limitati) in materia di trasparenza avvenuti negli ultimi anni.

La terza parte della presente trattazione è specificamente dedicata all'operazione EUNAVFOR MED.

Attraverso tale strumento, per la prima volta la questione migratoria viene affrontata nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune.

Verrà approfondito il mandato dell'operazione e il contributo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nella lotta al traffico di persone, evidenziando peraltro la prassi del Consiglio riguardante la possibile qualificazione di un flusso massiccio di migranti come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.

Si raffronterà, da ultimo, la risoluzione 2240/(2015) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite su EUNAVFOR MED con passate risoluzioni riguardanti il contrasto della pirateria in Somalia.

CAPITOLO I

IL TRAFFICO DI PERSONE

1. PREMESSA

Negli ultimi decenni i flussi migratori diretti dall'Africa e dall'Asia verso l'Europa occidentale sono aumentati in maniera considerevole. A fronte di una tale ondata migratoria, continua a riscontrarsi, da parte degli Stati europei di destinazione dei migranti, la scelta di politiche d'ingresso restrittive, decise sia unilateralmente dai singoli Stati che in modo coordinato nell'ambito dell'Unione europea.

L'effetto combinato di questi due fattori tra loro connessi, ha inevitabilmente determinato un aumento notevole dell'immigrazione cosiddetta clandestina. A sua volta, tale aumento ha prodotto e continua a produrre la crescita della pratica illegale nota come "traffico di persone". Difatti, senza entrare nel merito delle politiche adottate dai singoli paesi sul terreno del governo dell'immigrazione, è certo che le scelte di contenimento hanno contribuito a che la criminalità organizzata transnazionale decidesse di investire risorse sempre più ingenti nella gestione illegale dei flussi migratori.

In virtù di questa scelta strategica la criminalità organizzata ha subito una profonda trasformazione diventando non più soltanto una criminalità locale, ma assumendo sempre di più i caratteri di organizzazione criminale transnazionale dal momento che, in ragione delle attività perseguite, è obbligata a valicare i confini nazionali per garantire l'attraversamento clandestino ed illegale dei confini di uno Stato o di più Stati.

Il traffico delle persone risponde a un bisogno elementare: quello di emigrare, di cercare di migliorare la propria esistenza andando a lavorare fuori e lontano dal proprio Paese, lasciandosi alle spalle le situazioni di

sofferenza. Quindi, la domanda di emigrazione avanzata da chi vuole emigrare viene soddisfatta, dietro compenso, da un soggetto criminale organizzato che garantisce al richiedente un ingresso per vie illegali in Italia o nel paese di destinazione prescelto dal migrante.

Il traffico delle persone può considerarsi un termine comprensivo di due condotte criminali differenziate, anche se dai confini labili: da un lato il traffico di migranti, dall'altro la tratta di esseri umani.

Nel traffico di migranti, il soggetto criminale svolge una funzione assimilabile a quella di una agenzia di viaggi, assicurando l'arrivo nel posto pattuito disinteressandosi completamente del futuro della persona trasportata. È fondamentalmente un rapporto tra il migrante che chiede e il criminale che offre un servizio illegale dietro adeguato compenso; in sostanza, uno scambio adeguatamente retribuito che avviene su una base illegale. Fondamentale risulta quindi la presenza dell'elemento volitivo nei migranti oggetto del traffico.

A questa modalità si affianca un'altra attività, quella della tratta degli esseri umani. Nella tratta l'attività del soggetto criminale è più pervasiva e si esplica in più fasi. La prima fase è quella necessaria del reclutamento delle persone attraverso varie modalità che vanno dal sequestro di persona, al rapimento, all'inganno, all'indebitamento; la seconda fase è quella della gestione delle persone prescelte che parte dal momento del reclutamento e prosegue fino al completamento di tutte le fasi di attraversamento delle frontiere che possono essere numerose; la terza ed ultima fase è quella relativa allo sfruttamento intensivo delle persone trasportate nel paese di destinazione. È opportuno considerare come, a differenza dei migranti oggetto del traffico, le vittime della tratta non hanno mai prestato il loro consenso libero da coercizione, inganno o abuso.

Il dato temporale costituisce un'altra delle diversità che differenziano e distinguono traffico e tratta: mentre nel traffico il rapporto tra il migrante e il soggetto criminale si esaurisce generalmente una volta giunti nel paese di destinazione, nella tratta il rapporto non ha una durata prestabilita e solitamente tende ad essere lungo quanto il rapporto di debito

che si instaura tra i due soggetti, o addirittura a tempo indeterminato come nei casi di rapimento o di inganno.

Sebbene la distinzione sia utile per definire i concetti a livello normativo, è necessario sottolineare come dal punto di vista pratico siano alte le possibilità che un migrante oggetto del traffico possa divenire vittima della tratta. I due mercati, difatti sempre contigui, tendono spesso a confondersi. Talvolta infatti le organizzazioni ed i singoli criminali svolgono entrambe le attività, e spesso le vie di trasporto internazionale coincidono, in tutto o in parte³. Inoltre, accade frequentemente che la persona trasportata, che inizialmente richiede solamente il servizio di ingresso migratorio illegale in uno Stato, divenga in un momento successivo vittima di tratta. Il migrante, affidandosi ai trafficanti, non ha alcuna garanzia durante il viaggio. Spesso infatti accade che questi, durante il viaggio, non riesca a reperire le risorse economiche necessarie per proseguire, contraendo un debito con i trafficanti, i quali in questo caso lo consegneranno ad altre organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento nel paese di destinazione.

Inoltre, data la diversità della protezione alle due categorie di soggetti (migranti oggetto del traffico e vittime della tratta)⁴, altra questione fondamentale è quella relativa alle modalità mediante le quali debba essere portato a termine il processo di identificazione, a volte molto complesso⁵.

Nel corso del presente capitolo, si esaminerà la disciplina internazionale e domestica relativa al traffico di persone, con particolare attenzione alla diversità delle condotte che, come anticipato, tale definizione comprende. La normativa europea relativa a tali condotte verrà invece tratta nel secondo capitolo del presente elaborato.

³ L'Albania, ad esempio, è stata una stazione di raccolta di gran parte dei migranti dell'Est europeo e dell'Asia indipendentemente dal loro ruolo, di vittime del traffico a fini di sfruttamento o di semplici acquirenti del servizio di trasporto illegale in altro Stato, da loro richiesto. La stessa cosa sta accadendo oggi in Libia.

⁴ V. *infra*, 3.8; 4.2.2; 4.1.

⁵ Sul processo di identificazione, vedi *infra* al Capitolo 2.

2. LA CONVENZIONE DI PALERMO CONTRO IL CRIMINE ORGANIZZATO TRANSNAZIONALE

Sebbene nata recentemente, la normativa internazionale offre linee e criteri guida per il contrasto del traffico di persone distinguendo, come visto, il traffico di migranti dalla tratta di esseri umani.

Si fa riferimento, in particolare, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale⁶, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000⁷ a New York e aperta alla firma a Palermo il 12 dicembre 2000.

La Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale è completata da tre Protocolli addizionali, riguardanti attività e manifestazioni specifiche della criminalità organizzata transnazionale. Questi riguardano rispettivamente: la tratta di esseri umani, il traffico di migranti ed il traffico illecito di armi da fuoco.

2.1 IL PROCESSO NEGOZIALE

L'idea di un trattato internazionale sulla criminalità organizzata transnazionale fu per la prima volta ventilata alla Conferenza Ministeriale Mondiale sulla Criminalità Organizzata Transnazionale tenutasi a Napoli nel novembre del 1994⁸. Sebbene non ricevuta entusiasticamente da parte di tutti gli Stati, la proposta ebbe seguito e nel 1998 l'Assemblea Generale creò il Comitato intergovernativo Ad Hoc *«al fine di elaborare una convenzione internazionale contro la criminalità organizzata transnazionale e la discussione sull'elaborazione, se necessario, di strumenti internazionali relativi al traffico di donne e bambini [...] ed al traffico illegale nonché al trasporto di migranti, compreso per mare»*⁹

⁶ Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata transnazionale, adottata il 12 dicembre 2000, entrata in vigore il 29 settembre 2003.

⁷ UN/A/RES 55/25, 15 novembre 2000 consultabile sul sito <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/>.

⁸ Per approfondire il tema, si veda M. FRAGOLA, *La Conferenza mondiale ministeriale delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale, Comunità Internazionale.*, 1995, pag. 107-110

⁹ UN/A/RES 53/111, 9 dicembre 1998 consultabile sul sito <https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime Resolutions..>

Nell'ottobre del 2000, dopo sole undici sessioni, il Comitato Ad Hoc terminò il suo lavoro¹⁰. Il processo redazionale fu particolarmente partecipativo, con gli Stati occidentali che riuscirono a forzare paesi meno propensi all'accettazione di un set di norme non particolarmente volute. Inoltre, si registrò un estensivo interessamento alla Convenzione da parte di organizzazioni non governative, le quali fecero pressioni al fine, ad esempio, di includere riferimenti specifici al diritto internazionale dei diritti umani nei Protocolli.

Il processo di Vienna, così come viene spesso chiamato, rappresentò il primo tentativo della comunità internazionale di utilizzare il diritto internazionale nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. La Convenzione sulla Criminalità Organizzata Transnazionale e i relativi Protocolli furono adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite attraverso la risoluzione 55/25 del 15 novembre 2000¹¹ e vennero aperti alla firma degli Stati membri durante una Conferenza politica di alto livello svoltasi a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000¹², per entrare in vigore il 29 settembre 2003.

La Convenzione di Palermo e i relativi Protocolli ad oggi rappresentano la pietra angolare del regime legale internazionale contro il crimine organizzato transnazionale. Ad oggi sono 186 gli Stati che hanno ratificato la Convenzione¹³, a cui spesso ci si riferisce con l'acronimo UNTOC¹⁴.

La Convenzione si compone di 41 articoli e si prefigge di eliminare le differenze presenti tra i vari sistemi giuridici nazionali, di fissare standard condivisi per combattere efficacemente la criminalità organizzata

¹⁰ Per approfondire il quadro negoziale, V. A. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, Baltimore, pag. 1002; D. VLASSIS, *The UN Convention against Transnational Organized Crime*, in M. R. BERDAL, M. SERRANO (eds.), *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual?*, 2002, Boulder, London; D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford, A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano; A. NUNZI, *La convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (a cura di), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e il terrorismo*, Milano, 2005.

¹¹ UN/A/RES 55/25, 15 novembre 2000 consultabile sul sito <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/>.

¹² Da qui il nome "Convenzione di Palermo".

¹³ Sullo stato delle ratifiche, V. <https://treaties.un.org/>.

¹⁴ United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

transnazionale e di incoraggiare gli Stati che ancora non hanno fattispecie incriminatrici adeguate ad adottarle.

La Convenzione pone inoltre regole generali riguardo il crimine organizzato che si riferiscono anche all'applicazione e all'interpretazione dei tre Protocolli, creando un sistema facilmente implementabile da nuovi Protocolli futuri¹⁵.

2.2 I LIVELLI DEGLI OBBLIGHI E IL MATERIALE INTERPRETATIVO

La Convenzione e i suoi Protocolli creano vari livelli di obblighi giuridici¹⁶. Alcune disposizioni sono vincolanti¹⁷, altre sono soggette alla conformità con i relativi sistemi giuridici e amministrativi nazionali¹⁸, mentre altre appaiono palesemente opzionali¹⁹. Ad ogni modo è importante notare come il livello generale degli obblighi per gli Stati nel Protocollo sul traffico di migranti è più elevato rispetto a quello sulla tratta di persone, che invece contiene numerose disposizioni di carattere opzionale. Non più una novità nei moderni trattati internazionali, gli strumenti di "soft law" all'interno di uno dispositivo di "hard law" corrispondono ai temi meno condivisi durante le fasi della negoziazione²⁰.

L'analisi della Convenzione e dei Protocolli è facilitata dalla presenza di vario materiale interpretativo. In primo luogo, nell'interno di facilitare le negoziazioni, gli estensori della Convenzione e dei Protocolli

¹⁵ A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano, pag. 65.

¹⁶ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 38.

¹⁷ Come ad esempio, «Ogni Stato Parte adotta le misure necessarie per determinare la sua giurisdizione in relazione ai reati di cui agli artt. 5, 6, 8 e 23 della presente Convenzione», Convenzione contro la Criminalità Transnazionale art. 15(1).

¹⁸ Come ad esempio, l'art. 10 (1) del Protocollo sul traffico di migranti.

¹⁹ Come ad esempio, «Ogni Stato Parte prende in considerazione la possibilità di facilitare e accettare il ritorno di una persona che è stata oggetto delle condotte di cui all'articolo 6 del presente Protocollo e che aveva il diritto di residenza permanente sul suo territorio al momento del suo ingresso nello Stato d'accoglienza, in conformità con il suo diritto interno», Protocollo sul traffico di migranti art. 18(2).

²⁰ V. per esempio la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, adottata il 9 maggio 1992, entrata in vigore il 12 marzo 1994; e la Convenzione sulla protezione del patrimonio mondiale, culturale e naturale dell'umanità, adottata il 16 novembre 1972, entrata in vigore il 17 dicembre 1975.

prepararono più di un centinaio di "*Interpretative Notes*"²¹. Queste note riguardano singole frasi, paragrafi o interi articoli spiegandone il ragionamento, al fine di promuovere un'interpretazione uniforme del testo²².

In secondo luogo, i documenti ufficiali, i cosiddetti "*Travaux Préparatoires*"²³, delle negoziazioni vennero resi pubblici nel 2006 e, conformemente a quanto previsto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, vengono utilizzati come mezzo secondario di interpretazione del testo²⁴.

Inoltre, due anni prima, l'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) emanò la "*Legislative Guide*" sulla Convenzione e i suoi Protocolli²⁵, strumento molto utile per comprendere il livello di attuazione da parte dei singoli Stati di tali strumento internazionale.²⁶

2.3 LA RELAZIONE FRA LA CONVENZIONE E I SUOI PROTOCOLLI

Le regole generali che riguardano la relazione fra la Convenzione e i suoi Protocolli vengono indicate nella stessa Convenzione, salvo alcune disposizioni addizionali contenute nei Protocolli. Si possono evidenziare quattro principi di base.

²¹ Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions: *Interpretative notes for the official records of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, A/55/383/Add. 1, 3 novembre 2000, reperibili sul sito <https://www.unodc.org/>

²² D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford, pag. 13. McClean osserva tuttavia come tali note siano state spesso utilizzate al fine di placare le polemiche della minoranza nelle fasi "calde" delle negoziazioni, creando a volte un sistema interpretativo incongruente.

²³ *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and its Protocols*, consultabili nel sito <https://www.unodc.org/>.

²⁴ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, adottata il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, Artt. 31, 32.

²⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, consultabili nel sito <https://www.unodc.org/>

²⁶ Ulteriore supporto interpretativo viene offerto dalla legge modello delle Nazioni Unite sul traffico di migranti e dal Quadro internazionale per l'azione di implementazione del Protocollo sul Traffico, sebbene non classificabili sullo stesso livello degli altri strumenti.

Primo, i Protocolli non possono essere considerati a sé stanti, difatti gli Stati sono obbligati a ratificare la Convenzione prima di poter fare lo stesso con i Protocolli²⁷. Uno Stato Parte, tuttavia, non è vincolato da un Protocollo a meno che non lo abbia ratificato.

In secondo luogo, la Convenzione ed i Protocolli devono essere interpretati in maniera congiunta, prendendo in considerazione i relativi obiettivi²⁸.

Terzo, le disposizioni della Convenzione si applicano, *mutatis mutandis*, ai Protocolli²⁹.

Quarto, i reati definiti dai Protocolli devono essere considerati come se stabiliti dalla Convenzione stessa, in modo tale che le disposizioni di carattere generale contenute nella Convenzione, ad esempio su temi come la protezione delle vittime, mutua assistenza legale ed estradizione, si applichino anche alle previsioni dei Protocolli³⁰.

2.4 LO SCOPO E L'APPLICABILITÀ DELLA CONVENZIONE

La Convenzione è essenzialmente uno strumento di cooperazione internazionale³¹. L'art. 1 stabilisce che lo scopo della Convenzione è di «*promuovere la cooperazione per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace*»³². Segnatamente, la Convenzione mira ad eliminare "rifugi sicuri" (dove le organizzazioni criminali pongono in essere le loro attività e occultano i loro profitti) promuovendo l'adozione di misure coordinate da parte degli Stati Parte³³.

²⁷ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 37(2). V. anche *Legislative Guide*, pag. 253 e 329.

²⁸ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 37(4); Protocollo sul traffico di migranti, art. 1(1); Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 1(1).

²⁹ Protocollo sul traffico di migranti., art. 1(2); Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 1(2).

³⁰ Protocollo sul traffico di migranti., art. 1(3). V. anche *Legislative Guide*, pag. 254 e 330-331. Da considerare tuttavia che la Convenzione contiene disposizioni relative alla protezione delle vittime che non si applicano in via diretta ai migranti oggetto del traffico.

³¹ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 42.

³² Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 1.

³³ United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, "Summary of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocols Thereto" (2000).

Salvo deroghe, vi sono tre prerequisites ai fini dell'applicabilità della Convenzione in una data situazione. Primo, il reato deve avere un qualche elemento di transnazionalità³⁴. Secondo, deve essere presente un gruppo criminale organizzato³⁵. Terzo, si deve trattare di un "grave reato"³⁶.

Per "grave reato" si intende «una condotta che costituisce un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel massimo o con una pena più elevata»³⁷.

Ognuno di tali requisiti viene tuttavia definito in maniera molto ampia, in modo tale da poter ricomprendere una moltitudine di condotte di reato nello scopo d'applicazione della Convenzione, compreso ogni aspetto del reato di traffico di migranti. Ciò ha una grande importanza in quanto molti Stati potrebbero divenire parti della Convenzione ma non dei relativi Protocolli³⁸.

2.5 L'OBBLIGO DI CRIMINALIZZAZIONE

³⁴ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 3 (1). La Convenzione definisce transnazionale ogni reato che « a) è commesso in più di uno Stato; b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato ».

³⁵ *Ibidem*, art. 3 (1). La Convenzione definisce "gruppo criminale organizzato" come «un gruppo strutturato di tre o più persone esistente da un certo tempo e agente di concerto allo scopo di commettere una o più violazioni gravi o violazioni previste nella presente convenzione per ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale». Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 2 (a). Una Nota Interpretativa chiarisce che il termine "vantaggio finanziario o materiale" vada interpretato in maniera estensiva, includendo anche gratificazioni non materiali come i servizi sessuali. Ad ogni modo, tale definizione non si spinge fino ad includere gruppi con finalità meramente politiche o sociali, né organizzazioni terroristiche, sempreché non si tratti di attività volte al finanziamento del terrorismo. *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and its Protocols*, pag. 17.

³⁶ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 3 (1) (b).

³⁷ *Ibidem*, art. 2 (a). La gravità dunque viene definita in base alla pena astratta del crimine e non con riferimento al tipo di condotta, al danno causato o alla motivazione. La Convenzione ha scelto di definire il "reato grave" in modo improprio, rinunciando a fare riferimento alla tipologia dei delitti oggetto, limitandosi ad un'enunciazione edittale dei limiti entro i quali valutare la gravità delle infrazioni. Viene dunque lasciata agli Stati membri la determinazione di quali crimini rientrino nello scopo di applicazione della stessa, creano una definizione flessibile che può però causare discrepanze fra le varie legislazioni nazionali. Lo stesso crimine infatti, può essere considerato un "grave reato" o meno a seconda della legislazione penale dei vari Stati. Tale flessibilità viene da molti additata come una delle principali debolezze della Convenzione.

³⁸ *Ibidem*, art. 37 (3).

La Convenzione può essere divisa in quattro parti: criminalizzazione, cooperazione internazionale, cooperazione tecnica e attuazione³⁹.

L'obbligo centrale della Convenzione è quello relativo alla criminalizzazione. A tale fine si richiede agli Stati di conferire il carattere di reato a determinate condotte, commesse sia da persone fisiche che giuridiche, la partecipazione in un'organizzazione criminale⁴⁰, il riciclaggio dei proventi di reato⁴¹, la corruzione⁴² e l'intralcio alla giustizia⁴³.

L'obbligo di criminalizzazione non richiede, ai fini della configurazione della fattispecie, né il carattere della transnazionalità né la presenza di un gruppo criminale organizzato⁴⁴. La responsabilità penale per ciascun reato si estende anche ai partecipanti e complici. La responsabilità viene estesa anche alle persone giuridiche, ma viene lasciata agli Stati parti la determinazione del tipo di responsabilità: penale, civile o amministrativa⁴⁵. Ad ogni modo, tale responsabilità è aggiuntiva, e non alternativa, rispetto a quella personale⁴⁶.

L'effettività delle disposizioni di criminalizzazione viene aumentata attraverso la previsione di un dettagliato quadro giuridico inerente all'assistenza giudiziaria reciproca⁴⁷. Tale normativa conferisce agli Stati una solida base legale per la richiesta di assistenza giudiziaria relativa alla raccolta di prove, alla notificazione di documenti di natura giudiziaria,

³⁹ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 43.

⁴⁰ *Ibidem*, art. 5.

⁴¹ *Ibidem*, art. 6. "Provento di reato" è definito all'art 2(e) come «*qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato*».

⁴² *Ibidem*, art. 8. Tuttavia "Corruzione" non viene definita nella Convenzione. Invece gli Stati Parti sono tenuti ad adottare le misure legislative necessarie a conferire carattere di reato ai seguenti atti, quando essi sono commessi intenzionalmente: «(i) *promettere, offrire o assicurare ad un pubblico ufficiale, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito per lo stesso ufficiale o altra persona o entità, affinché l'ufficiale compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio della sua funzione*» e «(ii) *sollecitare o accettare, da parte di un pubblico ufficiale, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito per l'ufficiale stesso o altra persona o entità, affinché il funzionario compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio della sua funzione*».

⁴³ *Ibidem*, art. 23.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 34(2). Tuttavia questa previsione non si applica quando è la stessa Convenzione, come all'art. 5, a richiedere il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato.

⁴⁵ *Ibidem*, art. 10.

⁴⁶ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 44.

⁴⁷ *Ibidem*, art. 18.

all'esecuzione di perquisizioni e sequestri, nonché all'identificazione dei proventi di reato e molti altri fini.

Gli Stati Parte vengono poi incoraggiati ad intraprendere indagini comuni⁴⁸; a stringere accordi con altri Stati per l'impiego di tecniche speciali di investigazioni⁴⁹; a valutare la possibilità di trasferire ad un altro Stato i procedimenti penali⁵⁰ e le persone condannate⁵¹ e sono inoltre obbligati a facilitare il procedimento di estradizione con riferimento ai reati considerati dalla Convenzione⁵².

Vengono per giunta definite una serie di misure con riferimento alla confisca e al sequestro di beni e alla cooperazione internazionale a tali fini⁵³. Gli Stati parte vengono inoltre incoraggiati ad adottare misure di carattere legale ed economico al fine di prevenire i reati commessi dalla criminalità organizzata transnazionale⁵⁴. Il fatto che i paesi in via di sviluppo, al fine di dare applicazione alla Convenzione, necessitino di assistenza tecnica ed economica viene infine riconosciuto mediante la previsione di un sistema di raccolta fondi sotto l'egida delle Nazioni Unite.⁵⁵

La Convenzione contiene anche disposizioni relative alla protezione delle vittime della criminalità organizzata transnazionale. Agli Stati parte viene richiesto di provvedere, nei mezzi possibili, all'assistenza e alla protezione delle vittime⁵⁶. Vengono inoltre stabilite misure volte ad assicurare il diritto all'indennizzo e al risarcimento delle vittime⁵⁷ e a consentire che queste possano far valere le proprie ragioni e i loro interessi nel corso di procedimenti penali nei confronti degli autori dei reati⁵⁸.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 19.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 20.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 21.

⁵¹ *Ibidem*, art. 17.

⁵² *Ibidem*, art. 16.

⁵³ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, artt. 12, 13 e 14.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 29.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 31.

⁵⁶ *Ibidem*, art. 30.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 25(2).

⁵⁸ *Ibidem*, art. 25(3).

Viene anche fatto riferimento alla protezione dei testimoni (incluse le vittime che sono testimoni) da potenziali ritorsioni o intimidazioni⁵⁹. Vengono poi enunciate una serie di misure volte ad incoraggiare la collaborazione di soggetti pentiti precedentemente membri di organizzazioni criminose⁶⁰.

Per attuare le proprie disposizioni⁶¹, la Convenzione stabilisce una Conferenza delle Parti aderenti al fine di migliorare la capacità degli Stati Parte di combattere la criminalità organizzata transnazionale⁶².

⁵⁹ *Ibidem*, art. 24.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 26.

⁶¹ *Ibidem*, artt. 32 (3) (d) - (e).

⁶² *Ibidem*, art. 32 (1).

3. IL TRAFFICO DI MIGRANTI

3.1 IL PROCESSO NEGOZIALE DEL PROTOCOLLO SUL TRAFFICO DI MIGRANTI

Nonostante si tratti di una risorsa economica molto importante per le organizzazioni criminali transnazionali da molto tempo, fino ai primi anni novanta il traffico di migranti non è stato oggetto di discussioni ufficiali all'interno delle organizzazioni internazionali e regionali. Il coinvolgimento di "soggetti facilitatori", esperti nell'elusione di frontiere protette, rendeva già all'epoca preoccupante tale fenomeno⁶³.

A livello nazionale, solo alcuni Stati si interessarono al fenomeno prima della seconda metà degli anni ottanta. Facevano eccezione gli Stati Uniti d'America, le cui preoccupazioni relative all'immigrazione irregolare risalgono alla metà degli anni sessanta con la fine, nel 1964, del "programma per i lavoratori ospiti" tra Messico e Stati Uniti e l'approvazione, nel 1965, dell'*Immigration and Nationality Act*⁶⁴, norma che avrebbe servito da pietra angolare del sistema migratorio contemporaneo americano. Le inquietudini americane verso l'immigrazione irregolare aumentarono tra gli anni settanta e ottanta, quando numerose migliaia di migranti cubani e haitiani raggiunsero le coste statunitensi⁶⁵.

Invece, rispetto alla situazione americana, in Europa il traffico di migranti non creava preoccupazioni a livello nazionale: per la Francia e la Germania Ovest la forte domanda di manodopera a basso costo fungeva da contrappeso alle angosce riguardo gli "illegali", mentre Italia e Spagna venivano da più di un secolo di emigrazione netta e il tessuto sociale e culturale rifletteva tale situazione.

⁶³ Sul processo negoziale che portò all'adozione del Protocollo sul traffico di migranti, si veda D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime*, pag. 21-22. ; A. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2015, Cambridge, pag. 42-44.

⁶⁴ US Congress, "*Immigration and Nationality Act*", 89th Congress, 3 ottobre 1965, US Immigration and Nationality Act, consultabile nel sito <https://www.uscis.gov/>.

⁶⁵ Come esempio si prenda il periodo tra l'aprile ed il settembre 1980 quando 125,000 migranti cubani raggiunsero via mare le coste statunitensi, seguiti nello stesso anno da altri 15,000 haitiani.

La situazione mutò però radicalmente verso la fine degli anni ottanta, con la riunificazione della Germania e il collasso dell'Unione Sovietica⁶⁶.

Il tema del traffico di migranti salì definitivamente alla ribalta internazionale nel 1993, quando un'imbarcazione cinese, il *Golden Venture*, venne fatta deliberatamente naufragare a largo delle coste dello stato di New York. La nave trasportava 286 migranti cinesi imbarcati in condizioni disumane, i quali avevano pagato più di 30,000 \$ per un posto a bordo. Dieci di loro morirono di ipotermia in mare, gli altri vennero successivamente rimpatriati in Cina dalle autorità federali⁶⁷. Il naufragio del *Golden Venture* comportò un inasprimento sostanziale delle pene per il reato di traffico di migranti negli Stati Uniti: nel 1994 venne aumentato il minimo edittale a dieci anni, che raggiungeva i venti se si riusciva a dimostrare il rischio per la vita dei trasportati⁶⁸.

Divenne poi chiaro che tali spostamenti di persone facessero parte di un integrato network criminale che sfruttava le debolezze politiche e normative degli Stati di destinazione in particolare. Le lacune del diritto internazionale erano altresì particolarmente acute: non esisteva difatti una definizione concordata di "traffico di migranti" a livello internazionale, né l'obbligo a livello nazionale di qualificare tale condotta come reato, né tantomeno nessuna disposizione sull'extradizione dei trafficanti.

Tutto ciò creava «*un vuoto nel diritto internazionale che veniva percepito come un ostacolo agli sforzi della comunità internazionale*

⁶⁶ A partire dalla seconda metà degli anni ottanta, in Italia l'aumento dei flussi migratori fu repentino: nel 1986 20,000 migranti tentarono di sbarcare sulle coste italiane ma vennero respinti. Al 1993, tale numero era salito a 70,000. Questi dati non includono i migranti a cui fu permesso di sbarcare. Tra il marzo e l'agosto 1991, fu permesso a più di 40,000 albanesi di raggiungere l'Italia. Il clima di iniziale benvenuto non faticò molto a scomparire: subito divenne chiara la distinzione fra "rifugiati politici" e "migranti economici". Tuttavia, è da segnalare come il numero di migranti arrivato sulle coste italiane tra la fine degli ottanta e l'inizio dei novanta era minimo rispetto a coloro che entravano regolarmente e rimanevano, i cosiddetti "overstayers". Vennero difatti regolarizzati 5,000 soggetti nel 1980, 113,349 tra il 1986 e il 1988 e addirittura 234,841 nel solo 1990.

⁶⁷ A. J. SEIN, *The Prosecution of Chinese Organized Crime Groups: The Sister Ping Case and Its Lessons*, 11 (2) in *Trends in Organized Crime*, 2008, New York., pag. 163.

⁶⁸ R. PEDROZO, *International Initiatives to Combat Trafficking of Migrants by Sea* in J. N. MOORE and M. H. NORDQUIST, eds., *Current maritime Issues and the International Maritime Organization*, 1999, The Hague, pag. 55.

diretti ad affrontare, in maniera efficiente, il fenomeno del traffico di migranti a fini criminali»⁶⁹.

L'esistenza di una tale lacuna giuridica ha per lungo tempo giovato ai trafficanti, fino a quando gli Stati di destinazione hanno ritenuto che una legislazione puramente nazionale di contrasto al fenomeno non fosse più sufficiente.

Nel 1993 gli Stati Uniti sottoposero all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite un progetto di risoluzione sulla "prevenzione del traffico di stranieri"⁷⁰. Il progetto guadagnò rapidamente la sponsorizzazione di molti paesi e venne adottato nel dicembre dello stesso anno. La risoluzione permise di elevare lo *smuggling*⁷¹ a questione di interesse internazionale, affermando che tali pratiche avessero «*conseguenze transnazionali*» e che vi fosse «*il bisogno, per gli Stati, di cooperare urgentemente a livello bilaterale e multilaterale per contrastare tali attività*»⁷². La risoluzione 48/102 dell'Assemblea Generale già enfatizzava i temi centrali del fenomeno, che sarebbero stati poi ripresi dal Protocollo sul traffico dei migranti. Essi erano, ad esempio, il ruolo dei «*gruppi criminali internazionali*» nel convincere i migranti ad «*emigrare illegalmente, creando enormi profitti alle organizzazioni criminali*»⁷³.

Si può notare come già nel 1994 la comunità internazionale considerasse il "traffico di stranieri" sia dal punto di vista del controllo delle migrazioni che da quello dei diritti umani. Non c'era ancora una chiara distinzione tra il traffico di migranti e la tratta di persone, ed entrambe le condotte venivano ricomprese all'interno di un'unica definizione omnicomprensiva⁷⁴.

Difatti, riportando le parole del Segretario Generale della Commissione per la prevenzione della criminalità: «*il traffico di stranieri*

⁶⁹ "Letter dated 16 September, 1997 from the Permanent Representative of Austria to the United Nations addressed to the Secretary-General", UN DOC. A/52/357, 17 settembre 1997, par. 2-3. Citata anche in D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime*, pag. 21-22.

⁷⁰ UN/A/RES/48/102 "Prevention of the smuggling of aliens", adottata il 20 dicembre 1993, consultabile nel sito <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r102.htm>.

⁷¹ Il traffico di migranti nella sua, maggiormente conosciuta, traduzione inglese.

⁷² UN/A/RES/48/102 "Prevention of the smuggling of aliens", adottata il 20 dicembre 1993, consultabile nel sito <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r102.htm>.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ A. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2015, Cambridge, pag. 50.

riguarda il trasporto illegale di migliaia di persone dai loro paesi di origine da parte di gruppi criminali, attraverso vari paesi di transito fino a quelli di destinazione per fini di profitto. [...] Questo commercio di merce umana spesso termina con i migranti illegali forzati alla servitù prolungata o ad attività criminali al fine di ripagare il costo del loro viaggio»⁷⁵.

Tuttavia, durante il processo negoziale qui evidenziato, si riuscì a chiarire la distinzione intercorrente tra il traffico di migranti da un lato e la tratta di persone dall'altro, attraverso l'eliminazione del concetto dello "sfruttamento" nella definizione del traffico e spostando l'enfasi sull'*azione* piuttosto che sull'*impatto*. Sviluppi paralleli portarono anche alcuni Stati membri dell'Unione europea a muovere i primi passi verso l'adozione di quadro normativo internazionale.

L'urgenza percepita nella comunità internazionale del tempo si evince anche dalla circolare emanata dall'Assemblea OMI⁷⁶ volta a stabilire disposizioni non vincolanti per la prevenzione e la soppressione di pratiche relazionate con il traffico ed il trasporto di migranti per mare⁷⁷. Finalmente, nel 1998, al Comitato Ad Hoc incaricato di redigere una convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale fu demandata anche l'elaborazione di uno strumento internazionale sul "traffico illegale e il trasporto di migranti, anche per mare"⁷⁸.

Nell'ottobre del 2000, dopo sole undici sessioni, il Comitato Ad Hoc terminò il suo lavoro di redazione della Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale⁷⁹.

La Convenzione di Palermo è completata da tre Protocolli addizionali, riguardanti attività e manifestazioni specifiche della criminalità organizzata. I Protocolli addizionali riguardano rispettivamente:

⁷⁵ 1994 UN Report on Alien Smuggling, ECOSOC Res. 1994/14, 25 luglio 1994, consultabile sul sito <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/>.

⁷⁶ Organizzazione Marittima Internazionale (OMI). Conosciuta in lingua inglese come *International Maritime Organization* (IMO).

⁷⁷ Organizzazione Marittima Internazionale, Comitato per la sicurezza marittima, *Interim Measures for Combating Unsafe Practices associated with the Traffic or Transport of Migrants by Sea*, OMI Doc. MSC/Circ. 896, 16 dicembre 1998. Consultabile sul sito <http://international-maritime-rescue.org>.

⁷⁸ Cfr. UN/A/RES 53/111, 9 dicembre 1998.

⁷⁹ A. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2015, Cambridge, pag. 52.

la tratta di esseri umani, il traffico di migranti ed il traffico illecito di armi da fuoco.

3.2 LA DEFINIZIONE DI TRAFFICO DI MIGRANTI

Con l'adozione del Protocollo addizionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria⁸⁰, approvato dall'Assemblea Generale nel 2000 in aggiunta alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, viene finalmente definita una regolamentazione a livello internazionale di contrasto al fenomeno dello *smuggling*. Il Protocollo entrò in vigore il 28 gennaio 2004 e ad oggi può contare su 142 Stati parti.

Nella redazione di questo strumento internazionale contro il traffico di migranti, si dovette in primo luogo risolvere la confusione normativa che esisteva fra tale concetto e la nozione di tratta di esseri umani. Il problema venne risolto, come visto, eliminando dal concetto di traffico di migranti ogni tipo di riferimento allo sfruttamento delle vittime. Una volta enucleato il concetto di "traffico di migranti"⁸¹, nel corso delle negoziazioni per lo sviluppo del Protocollo, gli elementi di base della definizione rimasero immutati. Si riuscì però ad eliminare il termine "reiterato"⁸² dal testo, con il risultato di poter oggi considerare configurata la fattispecie delittuosa anche se la condotta viene posta in essere una sola volta.

Nella sua versione finale, il Protocollo definisce "traffico di migranti" come «*il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di*

⁸⁰ Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, adottato il 15 novembre 2000, entrato in vigore il 28 gennaio 2004 [Protocollo sul traffico di migranti]

⁸¹ Sul traffico di migranti, si veda A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge; P. MALLIA, *Migrant Smuggling by the Sea: Combating a current threat to maritime security through the creation of a cooperative framework*, 2010, Leiden, Boston; A. TRIANAFYLIDOU, *Migrant smuggling: irregular migration from Asia and Africa to Europe*, 2012, Houndmills; A. T. GALLAGHER, *Migrant Smuggling*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, London, New York, pag. 187-209.

⁸² "Repeatedly"

una persona in uno Stato Parte di cui tale persona non è cittadina o residente permanente»⁸³.

Sebbene l'espressione "vantaggio finanziario o materiale" non venga definita nel Protocollo, essa va ben oltre il mero pagamento di una somma di denaro. Difatti, durante le negoziazioni, il termine "profitto" venne sostituito da "vantaggio finanziario o materiale", al fine di ammettere un'interpretazione estensiva. Come difatti si evince dalla Nota Interpretativa allegata alla definizione di "gruppo criminale organizzato" presente nella Convenzione, la quale include il riferimento al "vantaggio finanziario o materiale": [tale espressione] *«deve essere interpretata estensivamente, al fine di includere, ad esempio, crimini nei quali il movente predominante sia la gratificazione sessuale, come lo scambio di materiale pedopornografico tra membri, lo scambio di bambini tra i membri [...]»⁸⁴.*

Certamente, il vero scopo di tale riferimento è quello di assicurare che le attività di coloro che prestano assistenza ai migranti su basi umanitarie o di vincoli familiari non rientrino nel campo d'applicazione del Protocollo⁸⁵.

3.3 LO SCOPO E L'APPLICABILITÀ DEL PROTOCOLLO

Lo scopo del Protocollo è quello *«di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati Parte a tal fine, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino»⁸⁶.* Tuttavia, il riferimento ai diritti fondamentali dei migranti venne inserito solo quando ci si accordò sulla sostituzione

⁸³ Protocollo sul traffico di migranti., art. 3 (a).

⁸⁴ *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, United Nations 2004, pag. 13 (par. 25-26) and pag. 334 (par. 20).

⁸⁵ *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag. 469.

⁸⁶ Protocollo sul Traffico di Migranti., art. 2. Il riferimento ai diritti dei migranti non era tuttavia incluso nelle bozze precedenti del Protocollo.

dell'espressione "vittime del traffico" con "migranti oggetto del traffico clandestino"⁸⁷.

I lavori preparatori spiegano inoltre che non si considerò appropriato il termine "vittima" con riferimento ai migranti trasportati⁸⁸. Questo in quanto nel traffico rileva il consenso del migrante ad essere trasportato, a differenza della tratta, nella quale avviene un trasporto finalizzato allo sfruttamento. La vittima della tratta viene reclutata dai trafficanti nel paese d'origine, il migrante si affida invece a questi per muoversi. La mancata attribuzione di tale qualifica ha conseguenze rilevanti in quanto esclude l'applicabilità delle disposizioni della Convenzione aventi ad oggetto la protezione e l'assistenza delle "vittime"⁸⁹.

Così come la Convenzione, il Protocollo sul traffico è essenzialmente uno strumento di cooperazione internazionale. Non sorprende quindi che la sua applicabilità diretta, allo stesso modo della Convenzione di Palermo, sia limitata a situazioni a livello transnazionale nelle quali sia coinvolto un gruppo criminale organizzato⁹⁰.

3.4 LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI MIGRANTI OGGETTO DEL TRAFFICO

Durante le negoziazioni il tema della responsabilità penale dei migranti fu uno dei punti maggiormente dibattuti. Sebbene vi fosse un consenso generale sul fatto che il Protocollo non dovesse "punire" i migranti, alcune delegazioni temevano che il testo potesse concedere l'immunità ai migranti irregolari, compresi coloro che avessero al contempo commesso reati come il traffico di altri migranti irregolari⁹¹.

⁸⁷ Disapplicando la parte del testo convenzionale relativa alla protezione delle vittime nei confronti dei migranti oggetto del traffico, 8th Session, *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag. 459

⁸⁸ *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag. 461 n. 5.

⁸⁹ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, Artt. 25 (1) e 31 (7).

⁹⁰ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, artt. 34 (2). Protocollo sul Traffico di Migranti., art. 4.

⁹¹ *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag. 482.

Il testo finale conferma che i migranti non possono essere penalmente responsabili «*per il fatto di essere stati oggetto*»⁹² dei crimini stabiliti dal Protocollo. La *Legislative Guide* spiega il ragionamento dietro tale previsione: «*il mero ingresso illegale può essere considerato un reato in alcuni Stati, ma non viene riconosciuto come una espressione del crimine organizzato e dunque rimane fuori dallo scopo di applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli*»⁹³.

Tuttavia, la preoccupazione di alcuni Stati che il Protocollo potesse venire usato per concedere l'immunità ai migranti irregolari portò all'adozione di una clausola che preserva il diritto di ogni Stato Parte di adottare comunque misure nei confronti di coloro le cui condotte costituiscano reato ai sensi del diritto domestico⁹⁴.

Dunque nella pratica il Protocollo non va a limitare la capacità degli Stati di criminalizzare condotte come l'ingresso illegale, il soggiorno non autorizzato ed il possesso di documenti di viaggio fraudolenti. Ne segue che l'impatto della clausola di non criminalizzazione dei migranti viene notevolmente annacquato dall'operatività di tale previsione⁹⁵.

3.5 LA CRIMINALIZZAZIONE DEL TRAFFICO DI MIGRANTI E DELLE CONDOTTE CORRELATE

La criminalizzazione è il cuore del Protocollo: «*servendo non solo come base per la deterrenza e la repressione del traffico di migranti, ma anche per numerose forme di prevenzione, di cooperazione internazionale, di assistenza tecnica e di altre misure*»⁹⁶. L'obbligazione centrale è quella di criminalizzare di reato di traffico di migranti qualora commesso intenzionalmente⁹⁷.

⁹² Protocollo sul traffico di migranti., art. 5.

⁹³ *Legislative Guide*, pag. 340 par. 28.

⁹⁴ Protocollo sul traffico di migranti., art. 6 (4).

⁹⁵ Sulla responsabilità penale dei migranti, V. D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford, pag. 245 ss; A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 49-50.

⁹⁶ *Legislative Guide*, pag. 349 par. 55.

⁹⁷ Protocollo sul Traffico di migranti., art. 6 (1) (a). In conformità con l'art. 34(2) della Convenzione, i requisiti della transnazionalità e del coinvolgimento di un gruppo criminale transnazionale non si applicano

Gli Stati parte sono infatti obbligati «ad adottare le misure necessarie per conferire il carattere di reato ai sensi del loro diritto interno, quando l'atto è commesso intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale

- al traffico di migranti;
- quando l'atto è commesso al fine di permettere il traffico di migranti:
- alla fabbricazione di un documento di viaggio o di identità fraudolento;
- al fatto di procurare, fornire o possedere tale documento⁹⁸;
- all'[utilizzo dei summenzionati mezzi al fine] di permettere ad una persona che non è cittadina o residente permanente di rimanere nello Stato interessato senza soddisfare i requisiti necessari per permanere legalmente»⁹⁹.

Gli Stati Parte sono inoltre obbligati a conferire il carattere di reato al tentativo¹⁰⁰, alla partecipazione in qualità di complice¹⁰¹ e all'organizzazione o direzione di altre persone nella commissione di uno dei summenzionati reati¹⁰².

Lo stesso articolo 6 poi introduce le fattispecie aggravate di traffico, ossia quelle che «mettono in pericolo, o rischiano di mettere in pericolo, la vita e l'incolumità dei migranti coinvolti; o che comportano trattamenti inumani e degradanti, incluso lo sfruttamento»¹⁰³. Non risulta peraltro difficile trovare esempi di traffico di migranti nei quali la vita dei trasportati viene messa a repentaglio (imbarcazioni non adatte alla navigazione e sovraffollate). Tuttavia, le conseguenze di caratterizzare una

all'obbligazione di criminalizzazione eccetto i casi in cui vengono espressamente previsti. *Legislative Guide*, pag. 333-334.

⁹⁸ Sia la Nota Interpretativa che la *Legislative Guide* attinenti all' art. 6 confermano che il "possedere" documenti di viaggio o di identità fraudolenti non riguarda quelli in possesso dei migranti oggetto del traffico.

⁹⁹ *Legislative Guide*, pag. 341 n. 9.

¹⁰⁰ Protocollo sul traffico di migranti, art. 6.(2) (a).

¹⁰¹ *Ibidem*, art. 6.(2) (b).

¹⁰² *Ibidem*, art. 6.(2) (c).

¹⁰³ *Ibidem*, art. 6 (3).

condotta come "aggravata" dipendono dalle disposizioni dei relativi sistemi legali nazionali.

Non è chiaro inoltre se dalla caratterizzazione del traffico come "aggravato" discenda la qualificazione dei migranti oggetto del traffico come "vittime"¹⁰⁴. Come già visto, in via generale, i trafficati non sono considerati "vittime", bensì "migranti oggetto del traffico": una tale qualificazione escluderebbe l'applicazione delle disposizioni sulla protezione delle vittime indicate all' art. 25 della Convenzione di Palermo, incluso l'accesso a indennizzi e risarcimenti. Tuttavia, può essere convincentemente sostenuto che coloro che sono stati oggetto del traffico "aggravato" possono essere sicuramente qualificati come "vittime" ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, in quanto sono comunque vittime di violazioni di diritti umani e/o di altri crimini, tra i quali, ad esempio, la tratta di persone o i trattamenti inumani o degradanti.¹⁰⁵

Ad ogni modo, il Protocollo non dà riferimenti riguardo alle pene applicabili. Viene solamente stabilito che i reati di cui all' art. 6 devono essere passibili di sanzioni «*prendendo in considerazione la loro gravità*»¹⁰⁶. Viene poi, come già visto, lasciata ai singoli Stati la determinazione della pena applicabile¹⁰⁷.

3.6 IL TRAFFICO DI MIGRANTI VIA MARE

Riflettendo chiaramente le motivazioni che portarono alla sua adozione, il Protocollo sul traffico contiene una dettagliata sezione sulla prevenzione e la soppressione del traffico di migranti via mare¹⁰⁸. Sebbene tale aspetto verrà maggiormente approfondito *infra* nel Capitolo 3, nella

¹⁰⁴ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 50-53.

¹⁰⁵ UNODC *Model Law on Migrant Smuggling*, pag. 69-70 consultabile sul sito https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_Smuggling_of_Migrants.

¹⁰⁶ *Legislative Guide*, pag. 251. Il riferimento è all'art. 11 (1) della Convenzione. Per approfondire, V. D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, pag. 396

¹⁰⁷ Viene lasciata agli Stati membri la determinazione di quali crimini rientrino nello scopo di applicazione della stessa, creano una definizione flessibile che può però causare discrepanze fra le varie legislazioni nazionali. Lo stesso crimine infatti, può essere punito in maniera diversa a seconda della legislazione penale dei vari Stati. Tale flessibilità viene da molti additata come una delle principali debolezze della Convenzione

¹⁰⁸ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 58-67.

presente sezione si cercherà comunque di evidenziare il quadro giuridico di riferimento.

Il testo del Protocollo non intende stabilire un nuovo regime legale relativo al traffico di migranti, intende invece riaffermare i principi centrali del diritto internazionale del mare così come codificati nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)¹⁰⁹.

Vengono così ribaditi i principi di: giurisdizione esclusiva dello Stato costiero sulle acque territoriali (soggetto solo a talune eccezioni come il passaggio inoffensivo); giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera dell'imbarcazione in acque internazionali¹¹⁰ nonché il diritto universale di visita nei confronti di navi prive di nazionalità. Tali principi vengono considerati all'art. 7 del Protocollo, dove viene stabilito che «*gli Stati parte cooperano nella maniera più ampia per prevenire e reprimere il traffico di migranti via mare, nel rispetto del diritto internazionale del mare*»¹¹¹.

L'art. 8, invece, stabilisce una serie di misure volte ad agevolare azioni esecutive nei confronti di imbarcazioni sospettate di trafficare migranti¹¹². Anche tale disposizione riflette quelle che sono norme già vigenti ai sensi del diritto internazionale del mare: i) il diritto dello Stato di bandiera di adottare misure esecutive nei confronti di un'imbarcazione sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti¹¹³; ii) la necessaria richiesta allo Stato di bandiera dell'imbarcazione qualora le suddette misure vengano poste in essere da parte di un altro Stato; e iii) la necessaria richiesta allo Stato costiero qualora le summenzionate misure debbano essere poste in essere nelle acque territoriali di tale Stato¹¹⁴.

Tuttavia, i principali elementi di novità apportati dal Protocollo riguardano situazioni (i) dove è un'imbarcazione di uno Stato diverso da

¹⁰⁹ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, adottata il 10 dicembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994 [UNCLOS]. Per un approfondimento sul quadro normativo stabilito dall'UNCLOS, V. A. DEL VECCHIO, *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, 2014, The Hague.

¹¹⁰ UNCLOS, Art. 92 (1). Per approfondire, V. A. DEL VECCHIO, *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, 2014, The Hague.

¹¹¹ Protocollo sul traffico di migranti, art. 7.

¹¹² *Ibidem*, Art. 8 UNODC *Model Law on Migrant Smuggling*, pag. 83.

¹¹³ Ad ogni modo è la stessa Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, all' art. 15, a richiedere allo Stato di bandiera di determinare la propria giurisdizione quando dei crimini siano stati commessi a bordo di imbarcazioni nazionali.

¹¹⁴ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 55-59.

quello di bandiera ad intercettare un natante sospettato di essere coinvolto nel traffico di migranti e (ii) dove il natante intercettato sia privo di nazionalità.

Viene difatti stabilito il seguente quadro giuridico¹¹⁵:

- Uno Stato parte può richiedere ad altri Stati parte assistenza¹¹⁶ quando ha ragionevoli motivi per sospettare che un'imbarcazione (che batte la sua bandiera, vanta l'iscrizione nel suo registro ,che è senza nazionalità o che si rifiuta di esibire bandiera)¹¹⁷, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare. Gli Stati parte che ricevono tale richiesta forniscono assistenza «*nei limiti dei mezzi di cui dispongono*»¹¹⁸.
- Uno Stato parte può richiedere ad altri Stati Parte la conferma dell'iscrizione a registro¹¹⁹ quando ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave, che esercita la libertà di navigazione in conformità al diritto internazionale¹²⁰ e che batte bandiera di un altro Stato parte, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare¹²¹. Lo Stato di bandiera deve rispondere senza ritardo a tale richiesta¹²².
- Se confermata, lo Stato di bandiera può autorizzare lo Stato richiedente «*a prendere le misure appropriate*» nei confronti dell'imbarcazione¹²³.

¹¹⁵ Per un approfondimento sull'art. 8 del Protocollo sul traffico di migranti, V. D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford, pag. 345 ss.

¹¹⁶ La natura e l'entità di tale assistenza non viene specificata. Viene tuttavia indicato che gli Stati sono tenuti a prestare assistenza «*nei limiti dei mezzi di cui dispongono*». Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (1). Per approfondire il tema della misura dell'assistenza, V. P. MALLIA, *Migrant Smuggling by the Sea: Combating a current threat to maritime security through the creation of a cooperative framework*, 2010, Leiden, Boston, pag. 122-123.

¹¹⁷ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (1).

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (2).

¹²⁰ *Freedom of navigation rights*: nelle acque internazionali o anche nella zona economica esclusiva o nella zona contigua di un altro Stato, purché non si tratti di acque territoriali. UNCLOS, artt. 58 (1), 87 (1) (a), 90.

¹²¹ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (2).

¹²² *Ibidem*, art. 8 (4). A tale fine, ogni Stato Parte designa una o più autorità per ricevere e rispondere alle richieste di assistenza, di conferma di iscrizione sul registro o del diritto per una nave di battere la sua bandiera, nonché richieste di autorizzazione per prendere misure opportune. Tale designazione deve essere notificata, tramite il Segretario Generale delle Nazioni Unite, a tutti gli Stati Parte entro un mese dalla designazione. Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (5), (6). Per approfondire, V. UNODC *Model Law on Migrant Smuggling*, pag. 86-87.

¹²³ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (5), (6). Per approfondire, V. UNODC *Model Law on Migrant Smuggling*, pag. 86-87.

- Le "misure appropriate" che possono essere autorizzate dallo Stato di bandiera comprendono la visita e l'ispezione della nave¹²⁴. Nel caso in cui vengano rinvenute prove che la nave sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, lo Stato di bandiera può inoltre autorizzare lo Stato richiedente all'adozione delle "*misure opportune in relazione all'imbarcazione e al carico a bordo*"¹²⁵. Nessun altro tipo di misura può essere adottata senza l'espressa autorizzazione dello Stato di bandiera a meno di accordi bilaterali o di un rischio imminente per le vite delle persone a bordo¹²⁶. Lo Stato di bandiera ha inoltre il diritto di condizionare l'adozione di misure¹²⁷ e di essere informato dei risultati delle stesse¹²⁸.

- Uno Stato Parte può visitare e ispezionare la nave senza nazionalità sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti via mare¹²⁹. Se il sospetto viene confermato da prove, lo Stato parte prende «*le misure opportune, conformemente al relativo diritto interno ed internazionale*»¹³⁰.

Sebbene la previsione dell'art. 8 non sia obbligatoria, la *Legislative Guide* incoraggia volutamente gli Stati a «*stabilire la propria giurisdizione su imbarcazioni in alto mare battenti da bandiera di un altro Stato parte così come su quelle prive di nazionalità*»¹³¹.

Gli estensori del Protocollo riconoscevano il rischio associato all'interdizione e alla perquisizione di imbarcazioni in alto mare. Al fine di rendere l'adozione delle misure basate sull'articolo 8 del Protocollo conformi al quadro giuridico di riferimento, l'art. 9 del Protocollo condiziona l'adozione delle stesse a dettagliate tutele umanitarie¹³².

Gli Stati infatti, nell'adozione delle suddette misure, devono assicurare

¹²⁴ Tuttavia, le "misure appropriate" non sono specificate. Sul tale tema, V. P. MALLIA, *Migrant Smuggling by the Sea*: op. cit. , pag. 123-125.

¹²⁵ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (2) (c).

¹²⁶ Tuttavia, il testo originale di tale previsione si riferiva invece a un pericolo imminente «*per le vite o per la sicurezza delle persone*». *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention*, pag. 501, 503; P. MALLIA, *Migrant Smuggling by the Sea*: op. cit. , pag. 123-125.

¹²⁷ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (5).

¹²⁸ *Ibidem*, art. 8 (3).

¹²⁹ *Ibidem*, art. 8 (7).

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Legislative Guide*, pag. 386. Si nota espressamente che questo «*non è un obbligo che discende dalla Convenzione o dal Protocollo*».

¹³² A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 55-59.

l'incolumità e il trattamento umano delle persone a bordo¹³³.

Inoltre, gli Stati devono evitare di arrecare pregiudizio agli interessi commerciali dell'imbarcazione¹³⁴ e, nel caso in cui si tratti di un'imbarcazione commerciale, risarcire i danni e le perdite che essa possa aver subito laddove le misure prese ai sensi dell'articolo 8 si rivelino infondate e non giustificate¹³⁵.

Il Protocollo richiede inoltre che qualsiasi misura presa «*tenga debitamente conto*»¹³⁶ dei diritti, degli obblighi e dell'esercizio della giurisdizione sia dello Stato costiero che di quello di bandiera¹³⁷.

3.7 LA PREVENZIONE E LA COOPERAZIONE

Come già ricordato, il Protocollo sul traffico è essenzialmente volto a rafforzare la cooperazione tra gli Stati parte nel contrasto alle attività dei trafficanti.

L'art. 31 della Convenzione contiene un novero di misure che possono essere adottate dagli Stati per prevenire, tra le altre cose, il traffico di migranti¹³⁸. Il Protocollo si focalizza invece sul rafforzamento dei controlli alla frontiera e richiede agli Stati di rafforzare, nella misura possibile, i controlli confinari, al fine di rilevare e prevenire il traffico¹³⁹. Gli Stati vengono inoltre incoraggiati a rafforzare la cooperazione tra gli organismi di controllo delle frontiere tramite la costituzione e il mantenimento di canali diretti di comunicazione tra tali organismi¹⁴⁰.

Gli Stati parte devono poi garantire che i documenti di viaggio da

¹³³ Protocollo sul traffico di migranti, art. 9 (1) (a). Come notato nella *Legislative Guide*, questa obbligazione è di rilevanza pratica fondamentale considerate le misere condizioni delle imbarcazioni tipicamente utilizzate dai trafficanti (pag. 365 par. 70). V. anche UNODC *Model Law on Migrant Smuggling*, pag. 91-96.

¹³⁴ Protocollo sul traffico di migranti, art. 9 (1) (c).

¹³⁵ *Ibidem*, art. 9 (2).

¹³⁶ N. KLEIN, *Maritime Security and the Law of the Sea*, 2011, Oxford. Tale espressione non risulta essere così "robusta" come quella che si evince dal diritto internazionale del mare. V. anche P. MALLIA, *Migrant Smuggling by the Sea*: op. cit., pag. 121.

¹³⁷ Protocollo sul traffico di migranti, art. 9 (3).

¹³⁸ Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, art. 31 (7). V. anche UNODC, *Model Legislative Provisions against Organized Crime*, pag. 1-18.

¹³⁹ Protocollo sul traffico di migranti, art. 11 (1).

¹⁴⁰ *Ibidem*, art. 11 (6).

essi rilasciati siano di una qualità tale da non poter essere facilmente falsificati, modificati o utilizzati in maniera impropria¹⁴¹. Gli Stati devono inoltre assicurare o rafforzare la formazione specializzata per i funzionari dei servizi di immigrazione¹⁴², nonché adottare le misure necessarie per impedire, nella misura possibile, ai mezzi di trasporto gestiti da trasportatori commerciali di essere utilizzati nella commissione del reato di traffico di migranti¹⁴³. Ad ogni modo, il Protocollo non richiede agli Stati di prevedere la responsabilità dei vettori commerciali coinvolti nel traffico avendo trasportato migranti privi di documenti.¹⁴⁴

Poca attenzione viene invece riservata ai fattori che incoraggiano le persone a fare ricorso ai servizi offerti dai trafficanti. Gli Stati Parte sono vagamente obbligati a *«promuovere o rafforzare i programmi di sviluppo per la cooperazione a livello nazionale, regionale ed internazionale [...] al fine di combattere le cause di carattere socio-economico che sono alla base del traffico di migranti, come la povertà e il sottosviluppo»*¹⁴⁵.

L'utilizzo di un lessico così debole non si spiega in un ambito, come quello della cooperazione internazionale allo sviluppo, fondamentale per ridurre non solo la portata del traffico di migranti, ma soprattutto il rischio per l'incolumità personale degli stessi. L'attenzione viene invece posta al *«rafforzamento dei programmi di informazione, per incrementare la sensibilità dell'opinione pubblica sul fatto che le condotte di cui all'articolo 6 del presente Protocollo sono un'attività criminale sovente perpetrata da gruppi criminali per trarne un profitto e che crea seri rischi per l'incolumità dei migranti interessati»*¹⁴⁶.

Il rafforzamento della cooperazione fra gli Stati viene considerata come la *raison d'être* del Protocollo¹⁴⁷, così gli obblighi di cooperare sullo scambio di informazioni¹⁴⁸, sul rimpatrio dei migranti trafficati¹⁴⁹, sul

¹⁴¹ *Ibidem*, artt. 12-13.

¹⁴² *Ibidem*, artt. 14.

¹⁴³ *Ibidem*, artt. 11 (2).

¹⁴⁴ *Legislative Guide*, pag. 373 para. 85.

¹⁴⁵ Protocollo sul traffico di migranti, art. 15 (3). Sarebbe da chiedersi in che maniera tali campagne informative debbano essere poste in atto in luoghi dove la fame, la povertà e il sottosviluppo rendono nulle le opportunità di crescita di milioni di giovani.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Art. 15 (1).

¹⁴⁷ *Ibidem*, Preambolo.

¹⁴⁸ *Ibidem*, art. 10.

rafforzamento dei controlli alle frontiere e sulla generale applicazione della legge¹⁵⁰ coesiste con l'auspicio dello sviluppo di regimi bilaterali o regionali per la promozione degli obiettivi del Protocollo¹⁵¹.

Ad ogni modo, tutte queste disposizioni sono supplementari rispetto a quelle previste dalla Convenzione, che, come notato in precedenza, promuove la cooperazione internazionale in numerosi ambiti, quale ad esempio, quello giudiziario¹⁵².

3.8 L'ASSISTENZA E LA PROTEZIONE DEI MIGRANTI OGGETTO DEL TRAFFICO

Se si considera il processo redazionale del Protocollo¹⁵³, si può notare come la questione dell'assistenza e della protezione dei migranti oggetto del traffico venne ventilata solo in un momento successivo rispetto ad altri temi, da parte di un gruppo di Stati caraibici e latinoamericani (insieme alle varie organizzazioni non governative, come visto, coinvolte nel processo negoziale), i quali notavano come «*il Protocollo deve prendere in considerazione gli strumenti delle Nazioni Unite relativi alla protezione dei migranti in connessione con la correzione degli squilibri sociali ed economici [...] è importante per il Protocollo non criminalizzare le migrazioni*»¹⁵⁴.

Nella sua versione finale, il Protocollo sul traffico di migranti contiene una serie di disposizioni volte alla protezione dei diritti di base dei migranti e alla prevenzione dello sfruttamento degli stessi durante il trasporto.

Segnatamente, come già visto, l'obiettivo del Protocollo è quello di

¹⁴⁹ *Ibidem*, art. 18.

¹⁵⁰ *Ibidem*, artt. 8, 11, 13-14.

¹⁵¹ *Ibidem*, art. 17.

¹⁵² A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 60-61; V. anche D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford, pag. 362 ss; A. T. GALLAGHER, *Migrant Smuggling*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, London, New York, pag. 195.

¹⁵³ Sul processo redazionale della Convenzione e dei Protocolli, V. D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford, pag. 52 ss.

¹⁵⁴ "Progress Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime", UN Doc. A/AC.254/30-E/CN.15/2000/4, 29 marzo 2000, par. 18.

prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati parte a tale fine, «*tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto del traffico clandestino*»¹⁵⁵. Ad ogni modo è da notare che la protezione dei migranti oggetto del traffico non può essere assimilata a quella riservata alle vittime della tratta di esseri umani da parte del Protocollo sulla tratta¹⁵⁶. Questo poiché i migranti vengono trafficati con il loro consenso e non possono essere considerati "vittime" allo stesso modo di soggetti reclutati, trasportati e sfruttati nei paesi di destinazione.

Ciò è giustificato dal ruolo svolto dal migrante in questo caso, ruolo di carattere attivo. Difatti, quasi la totalità del traffico di migranti si basa su una relazione contrattuale. Il migrante paga per avere un servizio ed il trafficante ottiene un profitto mediante la prestazione del trasporto.

Ad ogni modo, come già visto, non rientrano nello scopo di applicazione del Protocollo coloro che prestano supporto ai migranti sulla base di ragioni umanitarie o relazioni familiari¹⁵⁷.

La protezione però riservata ai migranti oggetto del traffico è comunque significativa. Innanzitutto essi non possono essere assoggettati all'azione penale per il fatto di essere stati oggetto delle condotte dei trafficanti¹⁵⁸. Questa previsione, come già considerato, non concede tuttavia un'illimitata immunità ai migranti, in quanto, ai sensi del Protocollo, gli Stati conservano la piena capacità di perseguire, in base al diritto domestico, i migranti oggetto del traffico per la commissione di condotte quali l'ingresso e la permanenza illegale nonché per il possesso di documenti di viaggio falsificati¹⁵⁹.

Ad ogni modo la soppressione dello status di "vittima" per i migranti oggetto del traffico fa venir meno l'applicabilità di quelle disposizioni indicate all'art. 25 della Convenzione riguardanti gli indennizzi e le compensazioni, salvo che la fattispecie, come già visto, sia

¹⁵⁵ Protocollo sul traffico di migranti, art. 2.

¹⁵⁶ Così A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 62-66;

¹⁵⁷ UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto* pag. 469. «*it is not intention of the protocol criminalize the activities of family members or support groups such as religious or non-governmental organizations*».

¹⁵⁸ Protocollo sul traffico di migranti, art. 5.

¹⁵⁹ *Ibidem*, art. 6 (4) e UNODC, *Legislative Guide*, pag. 340 (par. 27-28).

aggravata.

L'art. 16 del Protocollo richiede poi agli Stati Parte di adottare "adeguate tutele" per preservare e proteggere i diritti dei migranti in base al diritto internazionale.¹⁶⁰ Secondo tale previsione, gli Stati parte devono:

- Nell'attuazione del Protocollo, preservare e proteggere i diritti dei migranti oggetto del traffico in base al diritto internazionale, in particolare il diritto alla vita e il diritto a non essere sottoposti a tortura o altri trattamenti o pene inumani o degradanti¹⁶¹;
- Prendere le misure opportune per fornire ai migranti un'adeguata tutela contro la violenza relazionata con il traffico che può essere loro inflitta, sia da singoli individui che da gruppi;
- Fornire un'assistenza adeguata ai migranti la cui vita, o incolumità, è in pericolo a causa del traffico;
- Informare i migranti oggetto di detenzione in relazione alla possibilità di accesso ai servizi consolari.

Tali obblighi sono vincolanti, ma la misura delle "adeguate tutele" viene lasciata alla libera determinazione degli Stati, a differenza del Protocollo sulla Tratta¹⁶².

Il Protocollo poi prevede un'estesa clausola di salvaguardia che recita: *«nessuna disposizione del presente Protocollo pregiudica diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e degli individui ai sensi del diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti dell'uomo e, in particolare, laddove applicabile, la Convenzione del 1951 e il Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati¹⁶³ nonché il principio di non allontanamento»¹⁶⁴.*

La clausola di salvaguardia prevede inoltre che il Protocollo venga interpretato ed applicato in maniera non discriminatoria nei confronti dei

¹⁶⁰ *Ibidem*, art. 16.

¹⁶¹ Nel testo viene fatto specifico riferimento a diritti già consolidati (diritto alla vita, libertà dalla tortura e dai trattamenti degradanti) ma stando ai *Travaux Préparatoires* la previsione non deve essere interpretata in maniera derogatoria rispetto ad altri diritti umani non elencati. *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag. 541.

¹⁶² Nel quale all'art. 6 (3) vengono menzionate le misure oggetto di un'"assistenza adeguata" (assistenza medica e psicologica, opportunità educative e lavorative, ecc.)

¹⁶³ Convenzione sullo status dei rifugiati, adottata il 28 luglio 1951 (13 gennaio 1967 il Protocollo), entrata in vigore il 22 aprile 1954 (4 ottobre 1967 il Protocollo). [Convenzione di Ginevra].

¹⁶⁴ Protocollo sul traffico di migranti, art. 19 (1).

migranti oggetto del traffico e «coerentemente con i principi internazionalmente riconosciuti di non discriminazione»¹⁶⁵. La clausola di salvaguardia fu un successo dell'ultimo round delle negoziazioni¹⁶⁶. Tale clausola risulta essere di importanza fondamentale poiché vincola gli Stati, nell'attuazione delle misure di cui all'art. 8 o di altre disposizioni del Protocollo, a rispettare i principi di diritto internazionale.

Uno Stato che agisce contro la lettera del diritto internazionale, in particolare del diritto internazionale dei rifugiati, nell'adempimento dei suoi obblighi derivanti dal Protocollo, si ritroverà violando una delle previsioni centrali dello stesso.¹⁶⁷

Considerando invece gli aspetti relativi al rimpatrio, ai migranti oggetto del traffico, a differenza delle vittime della tratta, non viene concessa la possibilità di rimanere nel territorio dello Stato di destinazione temporaneamente o permanentemente¹⁶⁸. Viene invece richiesto agli Stati di origine del flusso migratorio di «*acconsentire a facilitare e accettare, senza indebito o irragionevole ritardo, il ritorno dei loro nazionali o residenti oggetto del traffico di migranti*»¹⁶⁹.

Così, gli Stati di destinazione possono chiedere a quelli di origine di verificare la nazionalità o il diritto di residenza del migrante¹⁷⁰. Se viene confermato, lo Stato Parte richiesto dovrà provvedere senza ritardo all'emissione dei documenti di viaggio adeguati e di qualsiasi altra autorizzazione necessaria per permettere alla persona di viaggiare e di tornare nel suo territorio¹⁷¹.

Il tema della sicurezza nel rimpatrio viene considerato brevemente. Gli Stati Parte sono tenuti a «*prendere le misure appropriate per eseguire il ritorno in modo organizzato, tenendo conto dell'incolumità e dignità*

¹⁶⁵ *Ibidem*, art. 19 (2).

¹⁶⁶ Al marzo del 2000, solo qualche mese prima della fine delle negoziazioni, il testo del Protocollo sul traffico di migranti ancora non prevedeva la clausola di salvaguardia, sebbene gli Stati avessero concordato la sua previsione nel Protocollo sulla tratta di esseri umani.

¹⁶⁷ Così A. T. GALLAGHER, *Migrant Smuggling*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 201.

¹⁶⁸ *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag. 547-552.

¹⁶⁹ Protocollo sul traffico di migranti, art. 18 (1).

¹⁷⁰ *Ibidem*, art. 18 (3).

¹⁷¹ *Ibidem*, art. 18 (4).

della persona»¹⁷².

Tuttavia, i *Travaux Préparatoires* rivelano come il riferimento all'incolumità e alla dignità riguardano solo il processo di rimpatrio, e non anche il potenziale destino del soggetto rimpatriato¹⁷³. Il principio di *non-refoulement*¹⁷⁴ viene ad ogni modo preservato attraverso la clausola di salvaguardia generale all'art. 19¹⁷⁵.

¹⁷² Ibidem, art. 18 (5).

¹⁷³ *Travaux Préparatoires for the Organized Crime Convention and Protocols*, pag.547-552.

¹⁷⁴ Nel diritto internazionale, il *Principle of non-refoulement* (Principio di non respingimento) comporta che «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Convenzione sullo status dei rifugiati, Art. 33. Inoltre, il diritto internazionale dei diritti dell'uomo vieta il ritorno di un soggetto in luoghi dove correrebbe un rischio reale di tortura o di altre gravi violazioni di diritti umani..

¹⁷⁵ Sul tema, si veda A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 62-66.

4. LA TRATTA DI ESSERI UMANI

4.1 CENNI INTRODUTTIVI

La tratta di esseri umani¹⁷⁶ è comunemente considerata come uno dei più gravi problemi dei nostri tempi, riguardando virtualmente ogni Stato in ogni regione del Mondo. Tra il 2010 e il 2012 sono state identificate vittime di 152 differenti nazionalità in 124 Stati. È stato difatti stimato che circa 27 milioni di uomini, donne e bambini siano vittime del traffico globale¹⁷⁷ e che i profitti annuali generali dalla tratta di esseri umani e dal lavoro forzato ammontino a 31.6 miliardi di dollari¹⁷⁸.

Le vittime della tratta sono sfruttate, nei paesi di destinazione, nel mercato sessuale o in altre attività come l'agricoltura, la pesca, l'edilizia e l'industria tessile¹⁷⁹. La natura transnazionale del traffico di esseri umani ha richiesto un'importante sforzo comune a livello internazionale, culminato con l'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e del Protocollo addizionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di esseri umani, in particolare di donne e bambini¹⁸⁰.

Già in passato si era cercato di contrastare il fenomeno della tratta di esseri umani, ma gli strumenti adottati¹⁸¹, erano finalizzati, in linea di

¹⁷⁶ Sulla tratta di esseri umani, si veda: S. SCARPA, *Trafficking in human beings: modern slavery*, 2008, Oxford; T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 171-186; A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 66-78; G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, 2004, Milano, pag. 167; S. FORLATI, *La lotta alla tratta di esseri umani: fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, 2013, Napoli.

¹⁷⁷ US Department of State, *Trafficking in Persons Report 2013*, pag. 7. Reperibile sul sito <http://www.state.gov/>.

¹⁷⁸ United Nations Office of Drugs and Crime (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons* (2014), pag. 68, Reperibile sul sito <https://www.unodc.org/>.

¹⁷⁹ United Nations Office of Drugs and Crime (UNODC), *Global Report on Trafficking in persons 2014*, Consultabile sul sito <https://www.unodc.org/documents>.

¹⁸⁰ Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di esseri umani, in particolare di donne e bambini, adottato il 15 novembre 2000, entrato in vigore il 25 dicembre 2003.

¹⁸¹ *International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic* (1904); *International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic* (1911); *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children* (1921); *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age* (1933); *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation*

massima, a reprimere esclusivamente il traffico di donne per fini sessuali, peraltro criminalizzando il mero traffico e non anche la prostituzione, lasciata alla discrezionalità degli Stati. Ad ogni modo, tali strumenti non erano in grado di affrontare il traffico per fini di sfruttamento diversi, come il lavoro forzato¹⁸².

Dal punto di vista criminologico, la locuzione "tratta di esseri umani" si presta a definire i contorni di un ambito criminale consistente nel reclutamento, nell'illecito trasferimento e nella successiva introduzione, per finalità illecite, di uno o più soggetti dal territorio di uno Stato a un altro ovvero nello stesso ambito geografico nazionale.

Tale spostamento viene in genere organizzato da gruppi criminali di matrice transnazionale, i quali utilizzano cellule criminali locali, attive sia nei paesi di transito che in quelli di destinazione della tratta, specializzate nella fornitura dei necessari servizi illeciti¹⁸³.

4.2 IL PROTOCOLLO SULLA TRATTA DI ESSERI UMANI

Uno dei più grandi apporti del Protocollo addizionale è stata la definizione della fattispecie: *«tratta di esseri umani indica il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro*

of the Prostitution of Others (1949).

¹⁸² T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 171.

¹⁸³ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 172.

forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi»¹⁸⁴.

Sono tre gli elementi centrali di tale definizione: i) la condotta, ii) il metodo, iii) il fine. Il primo elemento riguarda i principali caratteri della condotta: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'ospitare o accogliere persone. Il secondo elemento considera gli strumenti mediante i quali le vittime sono trasportate: i trafficanti utilizzano la forza, la minaccia d'impiego della stessa o altre forme di coercizione. Ciò suggerisce come non vi sia un libero consenso da parte delle vittime. Il primo e il secondo elemento sono, ad ogni modo, strettamente collegati, in quanto insieme costituiscono l'elemento oggettivo della fattispecie. Infine, il terzo presupposto spiega l'elemento soggettivo della condotta criminosa: il fine di sfruttamento delle vittime. Lo sfruttamento può consistere in una pluralità di attività e non più solo quello della prostituzione¹⁸⁵.

Bisogna inoltre considerare come i termini utilizzati nel Protocollo siano neutrali rispetto al genere, riconoscendo finalmente che anche gli uomini possano essere vittime di tale crimine¹⁸⁶.

È importante sottolineare come non sia necessario che avvenga lo sfruttamento delle vittime affinché si configuri il crimine di tratta di esseri umani. Esso viene a realizzarsi già quando il trafficante muove le vittime da un luogo ad un altro con il fine di sfruttarle in un secondo momento o con la consapevolezza che verranno sfruttate da altri a destinazione.

Quando le vittime trafficate sono poi sfruttate, si viene a configurare una seconda fattispecie di reato separata dalla prima, come quella di riduzione in schiavitù o di lavoro forzato, o anche una circostanza aggravante¹⁸⁷. È tuttavia lo sfruttamento ad essere la vera fonte di profitto dei trafficanti, dunque la principale ragione alla base della tratta.

I trafficanti, più o meno organizzati, conducono le loro attività al fine di avere un ritorno economico dallo sfruttamento delle vittime nei

¹⁸⁴ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 3 (a).

¹⁸⁵ Come invece previsto dagli strumenti internazionali contro la tratta di esseri umani più risalenti. T. OBOKATA, *Human Trafficking*, op. cit., pag. 174.

¹⁸⁶ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, op. cit., pag. 175.

¹⁸⁷ G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, 2004, Milano, pag. 167.

paesi di destinazione. Le forme di sfruttamento a cui possono essere soggette le vittime sono varie, ma le principali rimangono lo sfruttamento sessuale e il lavoro forzato. Le vittime possono anche essere trafficate per la rimozione degli organi o ad altri fini (sfruttamento misto¹⁸⁸, commissione di crimini, accattonaggio, pornografia, matrimoni forzati, adozioni illegali, vendita di bambini, ecc.)¹⁸⁹.

Tuttavia è da considerare come il Protocollo abbia uno scopo d'applicazione limitato: per via del rimando all'art. 3, par. 1 della Convenzione da parte dell'art. 1, par. 3 del Protocollo, quest'ultimo troverà applicazione solo in quei casi in cui l'infrazione sia di natura transnazionale e coinvolga un gruppo criminale organizzato.

Quindi, gli obiettivi centrali del Protocollo sono: la prevenzione della tratta di esseri umani, prestando particolare attenzione alle donne e ai bambini¹⁹⁰; la tutela e l'assistenza alle vittime nel pieno rispetto dei loro diritti umani¹⁹¹; e la promozione della cooperazione fra gli Stati Parte al fine di realizzare tali obiettivi¹⁹².

4.2.1 LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA TRATTA

Le norme diritto internazionale relative alla tratta di esseri umani impongono agli Stati tre obblighi principali: quello di proibire la tratta, quello di proteggere le vittime e quello di prevenire il traffico¹⁹³.

Per quanto riguarda l'obbligo di criminalizzazione, l'art. 5 del Protocollo prevede espressamente che gli Stati conferiscano il carattere di reato alla condotta di cui all' art. 3¹⁹⁴. Nel secondo paragrafo dello stesso articolo vengono poi considerati gli obblighi di conferire il carattere di

¹⁸⁸ Si tratta di uno sfruttamento che combina quello sessuale al lavoro forzato.

¹⁸⁹ Nel 2014, a livello globale, il 53% delle vittime della tratta è stato sfruttato a fini sessuali, il 40% per il lavoro forzato, il 0,3% per la rimozione di organi ed il 6,7% per altri fini. Tuttavia è da segnalare che in Europa e in Asia Centrale la percentuale di vittime di sfruttamento a fini sessuali sale al 66%. *Global Report on Trafficking in persons 2014*, UNODC pag. 33. Consultabile sul sito <https://www.unodc.org/documents>.

¹⁹⁰ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 2 (a).

¹⁹¹ *Ibidem*, art. 2 (b).

¹⁹² *Ibidem*, art. 2 (c).

¹⁹³ Si fa riferimento alle cosiddette *3P obligations*.

¹⁹⁴ Si fa riferimento al crimine di tratta di persone.

reato al tentativo¹⁹⁵; alla partecipazione in qualità di complice¹⁹⁶, nonché all'organizzazione o direzione di altre persone nella commissione del reato di tratta di persone¹⁹⁷.

L'impatto del Protocollo sulle legislazioni penali dei singoli Stati è stato molto importante. Nel novembre 2003, circa i due terzi degli Stati del Mondo non prevedevano uno specifico delitto che criminalizzasse la tratta di esseri umani. Alla fine del 2006, tre anni dopo l'entrata in vigore del Protocollo, la suddetta quota si era ridotta al 28%. Nel 2014 rimaneva infine solo il 5% degli Stati (9 Stati) a non essersi dotato di una previsione legislativa nazionale sulla tratta di esseri umani¹⁹⁸. Generalmente anche in tali paesi la tratta viene criminalizzata, ma ciò verosimilmente avviene attraverso altri articoli del codice penale, riguardanti tipi differenti di reato, come la schiavitù, il lavoro forzato o altri. In ogni caso è molto improbabile che dette legislazioni affrontino il tema della protezione delle vittime, mentre è dimostrato che in tali casi le pene per i trafficanti non sono commisurate alla gravità dei crimini commessi. Rimanendo sui dati del 2014, 146 Stati (85%) criminalizzano ogni aspetto della condotta, come previsto dal Protocollo, mentre il restante 10% dispone di una legislazione parziale che copre solo alcuni tipi di vittime o di modalità di sfruttamento¹⁹⁹.

Considerando in maniera più dettagliata la copertura legislativa, si può dedurre come siano l'Africa e il Medio Oriente ad essere le regioni che più di altre sono tenute a colmare il gap legislativo. Inoltre, considerando la popolazione degli Stati che ancora non dispongono, totalmente o parzialmente, di una legislazione sulla tratta, si può considerare come 2 miliardi di persone (un terzo della popolazione mondiale), vivano in un contesto dove la tratta di esseri umani non è criminalizzata come richiesto dal Protocollo delle Nazioni Unite sulla tratta di esseri umani²⁰⁰.

Un altro importante obbligo correlato alla prevenzione è la

¹⁹⁵ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 5 (a).

¹⁹⁶ *Ibidem*, art. 5 (b).

¹⁹⁷ *Ibidem*, art. 5 (c).

¹⁹⁸ United Nations Office of Drugs and Crime (UNODC), *Global Report on Human Trafficking 2014*, pag. 51. Consultabile nel sito <https://www.unodc.org/documents>.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pag. 53.

²⁰⁰ *Ibidem*, pag. 81.

determinazione della giurisdizione sul reato di tratta di esseri umani. Data la natura transnazionale del crimine, risulta chiaro che i soggetti attivi possano essere perseguiti da parte di più giurisdizioni nazionali²⁰¹.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale prevede, in conformità con i principi generali di diritto internazionale, che il principio territoriale sia il più importante criterio di giurisdizione per perseguire i trafficanti di persone²⁰². Tuttavia si prevede poi che uno Stato parte possa altresì determinare la propria giurisdizione in base ai principi della nazionalità, della personalità passiva e degli effetti²⁰³. Inoltre, come già ricordato, la Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale ha promosso un'augmentata collaborazione fra gli Stati membri in materia di estradizione²⁰⁴, assistenza giudiziaria reciproca (raccolta di prove, notificazione di atti giudiziari, esecuzione di perquisizioni e sequestri, la disamina di luoghi e oggetti, il sequestro e la confisca, ecc.)²⁰⁵ e di trasferimento dei procedimenti penali²⁰⁶.

Nonostante ciò, l'UNODC ha rilevato che le sentenze di condanna per il crimine di tratta di esseri umani rimangono poche. A livello globale, si stima infatti che solo nel 16% degli Stati sono state emesse più di 50 sentenze di condanna nel periodo 2010-2012²⁰⁷.

4.2.2 LA PROTEZIONE, LA TUTELA E L'ASSISTENZA DELLE VITTIME

Considerando invece il secondo obbligo, quello di proteggere, tutelare ed assistere le vittime della tratta, si rende necessario in primo luogo analizzare i profili dei soggetti individuati come "vittime".

²⁰¹ G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, 2004, Milano, pag. 170.

²⁰² Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, art. 15 (1).

²⁰³ *Ibidem*, Art. 15 (2).

²⁰⁴ *Ibidem*, Art. 16.

²⁰⁵ *Ibidem*, Artt. 12,13,14, 17, 18, 19, 20.

²⁰⁶ *Ibidem*, Art. 10.

²⁰⁷ United Nations Office of Drugs and Crime (UNODC), *Global Report on Human Trafficking 2014*, pag. 53. Consultabile nel sito <https://www.unodc.org/documents>.

La stragrande maggioranza delle vittime sono maggiorenni di sesso femminile, sebbene il trend sia leggermente in discesa a causa del preoccupante aumento della tratta di minorenni di entrambi i sessi. Il 50% delle vittime sono donne maggiorenni, mentre per il 21% si tratta di ragazze minorenni. Gli uomini maggiorenni ammontano al 18% delle vittime, mentre i ragazzi minorenni sono il restante 12%²⁰⁸. Tuttavia è da notare come in Europa e in Asia Centrale il tasso di vittime della tratta minorenni sia al 18%: molto inferiore rispetto a quello registrato in Africa e Medio Oriente, Asia e nelle Americhe²⁰⁹.

Con riferimento alla protezione delle vittime della tratta accordata dal Protocollo, gli artt. 6 e 7, riguardanti la protezione della privacy delle vittime, l'assistenza durante il procedimento penale, l'attuazione di misure relative al recupero fisico, psicologico e sociale delle vittime, l'adozione di misure che consentano alle vittime di restare nel territorio dello Stato in maniera temporanea o permanente, sono caratterizzati dall'utilizzo di espressioni linguistiche molto deboli²¹⁰.

Ne consegue che gli Stati non possono essere ritenuti responsabili secondo il diritto internazionale della loro inadempienza se "cercano di adottare" o "considerano l'adozione di misure di protezione". L'utilizzo di espressioni deboli indica la riluttanza degli Stati ad essere vincolati da obbligazioni perentorie²¹¹.

L'unica espressione "forte"²¹² riguarda l'assistenza alle vittime durante i procedimenti penali. Ciò dimostra come si prediliga utilizzare le vittime come strumenti per la giustizia penale al fine di assicurare i criminali alla giustizia²¹³. Ne segue che non si possono ritenere sufficienti

²⁰⁸ United Nations Office of Drugs and Crime (UNODC), *Global Report on Human Trafficking 2014*, pag. 29. Consultabile nel sito <https://www.unodc.org/documents>.

²⁰⁹ Rispettivamente al 62%, 36% e 31%.

²¹⁰ «to the extent possible», «shall consider implementing measures», «shall endeavor to provide». Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 6, 7.

²¹¹ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 177.

²¹² «shall ensure».

²¹³ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 177.

le previsioni relative alla protezione delle vittime della tratta contenute nel Protocollo addizionale²¹⁴.

Ad ogni modo, è incoraggiante notare la presenza di altri strumenti di diritto internazionale che riconoscono pienamente l'importanza della protezione delle vittime della tratta. Per esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005²¹⁵ contiene molteplici disposizioni sulla protezione delle vittime²¹⁶, dal provvedere all'alloggio fino all'assistenza medica e psicologica.

Il fatto che le disposizioni sulla protezione delle vittime precedano quelle sulla criminalizzazione delle condotte suggerisce il carattere prioritario che la tutela delle vittime assume all'interno della Convenzione del Consiglio d'Europa e dimostra come tali disposizioni possano ben coesistere con gli obblighi di prevenzione e persecuzione. Tuttavia il campo d'applicazione della Convenzione sulla tratta è ovviamente limitato ai soli 47 Stati membri del Consiglio d'Europa²¹⁷.

È stato peraltro sostenuto che il diritto internazionale in materia di diritti umani possa colmare le lacune createsi con l'utilizzo di un lessico così debole nel Protocollo. In effetti alcuni strumenti internazionali contengono disposizioni riguardanti la protezione delle vittime della tratta: la Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989²¹⁸, la Convenzione Interamericana sul traffico internazionale di minori del 1994²¹⁹ e il Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia dei bambini del 2000²²⁰ ne sono un esempio.

²¹⁴ *Ibidem*, pag. 177.

²¹⁵ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata il 16 maggio 2005, in vigore dal 1 febbraio 2008, consultabile sul sito <https://rm.coe.int/>.

²¹⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, cap. 3.

²¹⁷ Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa. Il Consiglio d'Europa fu fondato il 5 maggio 1949 col Trattato di Londra e conta oggi 47 stati membri. La sede istituzionale è a Strasburgo, in Francia, nel Palazzo d'Europa.

²¹⁸ Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 15 febbraio 1990, artt. 8-41.

²¹⁹ Convenzione Interamericana sul traffico internazionale di minori, Organizzazione degli Stati Americani, adottata il 9 giugno 1994, entrata in vigore il 3 maggio 1995, artt. 12-22.

²²⁰ A/RES/54/263. Protocollo opzionale sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia dei bambini, approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 maggio 2000, entrato in vigore il 18 gennaio 2002; artt. 3-10.

Merita considerazione anche il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966²²¹, dove viene stabilito l'obbligo per gli Stati di «assicurare che ciascuna persona cui diritti e le libertà riconosciute nella presente Convenzione siano stati violati, disponga di un ricorso utile anche se la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»²²².

È opportuno aggiungere che il Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite (UNHCR)²²³ ha espressamente riconosciuto che l'art. 2.3 del Patto si applichi anche alle vittime della tratta. In una prospettiva regionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Rantsev v Cyprus and Russia*²²⁴ ha stabilito che l'art. 4 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)²²⁵ richieda agli Stati di attivare misure aventi ad oggetto la protezione delle vittime, o delle potenziali vittime della tratta.

Avendo svolto tali considerazioni, risulta chiaro che l'obbligo di protezione delle vittime in base al diritto penale transnazionale viene fortemente valorizzato dalle norme e dai principi di diritto internazionale in materia di diritti umani²²⁶.

4.2.3 LA PREVENZIONE DELLA TRATTA

La natura e la portata dell'obbligo di prevenire la tratta di esseri umani cambia a seconda che lo Stato sia di origine o di destinazione.

²²¹ Patto Internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, artt. 2-13.

²²² Patto Internazionale sui diritti civili e politici, art. 2 (3).

²²³ Il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite è un organismo delle Nazioni Unite (UNHRC, in inglese *United Nations Human Rights Council*), con sede a Ginevra; organo sussidiario dell'Assemblea generale, lavora a stretto contatto con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani. Dal 15 marzo 2006 ha sostituito la Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite. Il Consiglio per i diritti umani costituisce uno dei tre organi per i diritti umani basati sulla Carta delle Nazioni Unite, assieme all'Esame Periodico Universale e alle Procedure Speciali.

²²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25965/04, sentenza, 10 maggio 2010. Consultabile sul sito <https://www.coe.int/t/dghl/>.

²²⁵ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottata il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, art. 4 "Divieto di schiavitù e lavori forzati".

²²⁶ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 180.

Per gli Stati di origine, l'obbligo principale è quello di affrontare quelli che sono i "*push factors*"²²⁷ di questo crimine: la povertà, la discriminazione razziale e di genere e le crisi umanitarie. Per gli Stati di destinazione, sono i "*pull factors*"²²⁸ a dover essere considerati, come la domanda di manodopera a basso costo.

Il Protocollo obbliga gli Stati «a stabilire politiche globali [...] per prevenire e combattere la tratta di esseri umani»²²⁹ e a «cooperare con organizzazioni non governative, altre organizzazioni interessate ed altri soggetti della società civile»²³⁰ a tale fine. Inoltre gli Stati sono obbligati ad «adottare o potenziare misure, anche tramite la cooperazione bilaterale o multilaterale, per attenuare i fattori»²³¹ che rendono le persone, in particolare donne e bambini, vulnerabili alla tratta, quali la povertà, il sottosviluppo e la mancanza di pari opportunità»²³². Viene poi richiesto agli Stati di «adottare o potenziare le misure legislative o di altro tipo, quali quelle educative, sociali o culturali, compresa la cooperazione bilaterale o multilaterale, per scongiurare la richiesta che incrementa tutte le forme di sfruttamento delle persone»²³³, specialmente donne e bambini, che porta alla tratta»²³⁴.

Ad ogni modo, è necessario considerare come anche in questo caso, varie espressioni linguistiche utilizzate nel Protocollo addizionale risultano essere mere dichiarazioni programmatiche senza alcun valore vincolante per gli Stati²³⁵. Inoltre, molte misure adottate dalla comunità internazionale sono riuscite a peggiorare le cose: alcuni programmi di adeguamento strutturale posti in essere da istituzioni finanziarie hanno

²²⁷ Nei processi di migrazione umana, con il termine "*push factors*" (fattori di spinta) ci si riferisce alle condizioni che spingono un singolo individuo o un gruppo umano a migrare. Si tratta di guerre civili, povertà, dissoluzione di stati multiculturali; conflitti etnici e religiosi; catastrofi naturali; discriminazione; instabilità politica; incrementi demografici incontrollabili; squilibri economici; ecc.

²²⁸ I "*pull factors*" (fattori di attrazione) sono le condizioni che attraggono un individuo o un gruppo umano, che è spinto a muoversi per raggiungerle. Essi sono: necessità di manodopera a basso costo; welfare; democraticità delle istituzioni; stabilità politica e sociale; situazione economica positiva; radici culturali comuni; lingue comuni; ecc.

²²⁹ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 9 (1) (a).

²³⁰ *Ibidem*, art. 9 (3).

²³¹ I *push factors*.

²³² Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 9(4).

²³³ I *pull factors*.

²³⁴ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 9(5).

²³⁵ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 181.

causato una riduzione di richiesta di manodopera in settori dove quella femminile era predominante, e politiche migratorie eccessivamente restrittive hanno portato ad un aumento della domanda nel mercato della tratta di esseri umani. Tali fattori causali non devono essere sottovalutati poiché tendono a facilitare in maniera sostanziale la tratta.

Sebbene il Protocollo non imponga, come visto, obblighi vincolanti per la comunità internazionale, la situazione attuale richiede agli Stati di attuare delle misure globali per ridurre il peso dei *push factors*.

Obblighi vincolanti potrebbero peraltro rinvenirsi in altri strumenti di diritto internazionale dei diritti umani come il Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966²³⁶, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna del 1979²³⁷ e la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989²³⁸.

Tali strumenti obbligano gli Stati ad affrontare la povertà, la discriminazione e l'educazione dei soggetti vulnerabili, incidendo in maniera più efficace sui *push factors*. Considerando invece i *pull factors*, ossia la domanda per beni e servizi prodotti e forniti dalle vittime, è necessario innanzitutto ricordare l'esistenza dell'obbligo, sancito nel diritto internazionale consuetudinario, di proibizione della schiavitù e del lavoro forzato²³⁹.

Si può dunque considerare come l'efficacia del diritto penale transnazionale nella promozione delle 3P *obligations* possa essere sostanzialmente rinforzata dall'operatività delle norme di diritto internazionale in materia di diritti umani²⁴⁰.

²³⁶ Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato il 16 dicembre 1966, entrato in vigore dal 3 gennaio 1976

²³⁷ Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, adottata il 18 dicembre 1979, entrata in vigore dal 3 settembre 1981

²³⁸ Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 15 febbraio 1990.

²³⁹ ICCPR, art. 8; CEDU, art. 4; Convenzione americana sui diritti umani, adottata il 22 novembre 1969, entrata in vigore il 18 luglio 1978, art. 6.

²⁴⁰ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 183.

4.3 LA CONVENZIONE DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULLA LOTTA CONTRO LA TRATTA DI ESSERI UMANI

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani²⁴¹ firmata a Varsavia il 16 maggio 2005 si pone come obiettivi principali quelli di prevenire e combattere la tratta, proteggere i diritti umani delle vittime e promuovere la cooperazione internazionale nella lotta al fenomeno²⁴².

La Convenzione si caratterizza per l'ampia portata degli obiettivi a cui si ispira: essa, infatti, da un lato disciplina il fenomeno della tratta nel suo complesso, individuando misure finalizzate a prevenire e a contrastare il fenomeno e, dall'altro, garantisce alle vittime *standard* di tutela ispirati al principio del riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo. A tale scopo, la Convenzione si applica a tutte le forme di tratta, indipendentemente dal fatto che essa comporti l'attraversamento dei confini nazionali o che sia collegata alla criminalità organizzata o che abbia come vittime uomini, donne o bambini²⁴³.

Ne discende un ambito di applicazione più ampio e globale rispetto al Protocollo di Palermo sulla tratta, che viene richiamato dal preambolo della Convenzione di Varsavia. Difatti, come già riportato, il Protocollo si applica solo alle infrazioni di natura transnazionale che coinvolgano un gruppo criminale organizzato²⁴⁴.

Tuttavia, è da considerare come venga attribuito un ruolo determinante al Protocollo di Palermo sulla tratta, in quanto la definizione di "tratta di esseri umani" contenuta nella Convenzione del Consiglio d'Europa si fonda su quella contenuta nel Protocollo²⁴⁵.

Tale relazione viene confermata dalla Convenzione in esame dove viene specificato lo scopo «*di rafforzare la protezione stabilita dal Protocollo e di sviluppare le disposizioni ivi contenute*»²⁴⁶. Tuttavia, a

²⁴¹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata il 16 maggio 2005, entrata in vigore il 1 febbraio 2008 [Convenzione di Varsavia].

²⁴² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, art. 1.

²⁴³ *Ibidem*, art. 2.

²⁴⁴ Mediante il richiamo all'art. 3 (1) della Convenzione di Palermo da parte dell'art. 1 (2) del Protocollo.

²⁴⁵ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 3 (a).

²⁴⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, art. 39.

differenza del Protocollo, maggiormente orientato alla prevenzione del crimine organizzato, la Convenzione definisce la tratta di esseri umani prima di tutto come una violazione dei diritti della persona, ponendo l'accento sulla protezione delle vittime, che deve essere difatti assicurata dagli Stati parti senza alcun tipo di discriminazione²⁴⁷.

La Convenzione si articola in dieci capitoli: il primo è dedicato all'oggetto, al campo d'applicazione, al principio di non-discriminazione e alla definizione di tratta²⁴⁸. A differenza del Protocollo di Palermo, la Convenzione definisce espressamente "vittima" come «*qualsiasi persona fisica soggetta alla tratta di esseri umani*»²⁴⁹.

Il secondo capitolo della Convenzione (Artt. 5-9) è invece dedicato alle misure per la prevenzione e la cooperazione. In particolare viene stabilito che gli Stati devono adottare le misure legislative idonee al fine di evitare che i mezzi di trasporto dei vettori commerciali vengano utilizzati per la commissione dei reati di tratta²⁵⁰.

Nel capitolo terzo sono contenute le disposizioni sulla protezione e sull'assistenza delle vittime della tratta. Si tratta di una delle sezioni più significative della Convenzione, contenente alcune norme che si applicano a tutte le vittime²⁵¹, altre riguardanti solo le vittime presenti irregolarmente nel territorio dello Stato di destinazione, o quelle che si trovano in una situazione regolare perché godono di un permesso di soggiorno di breve durata²⁵². Inoltre, alcune disposizioni prendono in considerazione anche quei soggetti che, sebbene non ancora formalmente identificati come vittime, si può ragionevolmente prevedere che lo siano²⁵³.

Con particolare riguardo all'identificazione²⁵⁴ delle vittime della tratta, presupposto fondamentale ai fini dell'applicazione della protezione prevista dalla Convenzione, gli Stati sono tenuti ad assicurarsi che le

²⁴⁷ *Ibidem*, art. 3.

²⁴⁸ *Ibidem*, art. 4 (a).

²⁴⁹ *Ibidem*, art. 4 (e).

²⁵⁰ *Ibidem*, art. 7.

²⁵¹ *Ibidem*, artt. 10, 11, 12, 15 e 16.

²⁵² *Ibidem*, artt. 13, 14.

²⁵³ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, art. 10 (2), art. 12 (1) (2); art. 13.

²⁵⁴ Essendo i flussi migratori misti in misura sempre crescente, risulta fondamentale il processo di identificazione ai fini della determinazione dei diritti che spettano al soggetto in questione.

autorità competenti che entrano in contatto con le vittime dispongano di personale qualificato e formato per la prevenzione e la lotta alla tratta di esseri umani²⁵⁵.

Inoltre, gli Stati parte sono obbligati a garantire che, qualora le autorità competenti abbiano motivo di ritenere che una persona sia vittima della tratta, essa non venga espulsa finché la procedura per l'imputazione del reato in questione non venga completata²⁵⁶.

Viene poi stabilito che, se l'età della vittima risulta incerta e vi siano motivi per credere che si tratti di un minore, opera una presunzione in tal senso e al minore dovranno essere accordate delle speciali misure di protezione durante il periodo necessario all'accertamento dell'età²⁵⁷.

Inoltre, viene anche previsto che, non appena un minore non accompagnato sia riconosciuto come vittima della tratta, ogni Stato parte deve provvedere i) a farlo rappresentare da un tutore, da un'organizzazione o da un'autorità che agisca nel suo interesse; ii) a prendere le misure necessarie per procedere alla sua identificazione e iii) a fare ogni sforzo per rintracciare la famiglia, qualora ciò sia nell'interesse superiore del minore²⁵⁸.

L'art. 13 è invece applicabile alle vittime della tratta che siano illegalmente presenti nel territorio di uno Stato parte, o che pur presenti regolarmente abbiano un permesso di soggiorno di breve durata. Tali soggetti, una volta identificati, sono particolarmente vulnerabili poiché soggetti alla possibilità di espulsione dal territorio dello Stato. Pertanto si introduce la previsione di un periodo di riflessione e recupero che deve essere di almeno trenta giorni, al fine di consentire alle vittime di sfuggire all'influenza dei trafficanti e di decidere se cooperare nelle indagini²⁵⁹.

Il capitolo quarto della Convenzione comprende nove articoli e riguarda l'obbligo di incriminazione, all'interno delle legislazioni

²⁵⁵ *Ibidem*, art. 10 (1).

²⁵⁶ *Ibidem*, art. 10 (2).

²⁵⁷ *Ibidem*, art. 10 (3).

²⁵⁸ *Ibidem*, art. 10 (4). La specificazione necessaria poiché molto spesso è proprio nella famiglia di origine che la tratta ha il suo inizio.

²⁵⁹ *Ibidem*, art. 13. Su tale tema, nell'ambito dell'Unione europea, è intervenuta la direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, analizzata al paragrafo

domestiche degli Stati parti, di determinate condotte quali la tratta²⁶⁰, la condotta di chi consapevolmente sfrutta i servizi di una vittima della tratta²⁶¹ nonché varie altre condotte relative alla contraffazione di documenti di viaggio o di identità²⁶².

Viene inoltre prevista la responsabilità delle persone giuridiche per la commissione delle condotte criminose previste dalla Convenzione, compiute in loro nome da persone esercitanti un potere di direzione o anche qualora il soggetto che esercita il potere di direzione abbia ommesso di controllare o supervisionare l'attività di un dipendente²⁶³.

Il capitolo quinto della Convenzione contiene le disposizioni necessarie a rendere le procedure penali interne degli Stati conformi allo scopo di proteggere le vittime della tratta e di favorire le indagini contro i trafficanti. Viene in primo luogo stabilito che le autorità competenti possano procedere contro i reati previsti dalla Convenzione senza che sia necessaria la denuncia della vittima, onde evitare pressioni e minacce da parte degli autori del reato²⁶⁴. In secondo luogo, gli Stati parte sono tenuti ad adottare le misure necessarie per assicurare una protezione effettiva ed adeguata alle vittime, ai collaboratori di giustizia, ai testimoni, così come ai membri delle loro famiglie e ai membri delle organizzazioni non governative che operano nel settore della lotta alla tratta²⁶⁵.

Gli Stati sono inoltre obbligati al raggiungimento del risultato di salvaguardare la vita e la sicurezza delle vittime, ma li lascia liberi di scegliere le misure più idonee per il raggiungimento di tale obiettivo. In particolare, le misure adottate dagli Stati parti per realizzare l'obiettivo posto dalla norma debbano essere prese in conformità con l'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, nel rispetto cioè del principio del giusto processo²⁶⁶.

²⁶⁰ *Ibidem*, art. 18.

²⁶¹ *Ibidem*, art. 19.

²⁶² *Ibidem*, art. 20.

²⁶³ *Ibidem*, art. 22.

²⁶⁴ *Ibidem*, art. 27.

²⁶⁵ *Ibidem*, art. 28.

²⁶⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, art. 30 (1).

Infine, vengono stabiliti una serie di criteri di criteri di giurisdizione in virtù dei quali gli Stati sono tenuti a stabilire la propria competenza rispetto alle infrazioni previste dalla Convenzione²⁶⁷. In particolare, nel caso in cui più Stati abbiano giurisdizione su alcune o su tutte le persone coinvolte nella tratta, al fine di evitare sovrapposizioni si prevede che le Parti in questione procedano alla consultazione per determinare quale sia la giurisdizione più adatta nel caso di specie, sebbene l'obbligo di consultazione non sia assoluto²⁶⁸.

Il capitolo sesto della Convenzione è dedicato alla cooperazione internazionale e a quella con la società civile. Viene previsto, nell'ambito della cooperazione internazionale, che uno Stato possa, anche in assenza di una domanda, comunicare ad un altro Stato parte le informazioni ottenute nell'ambito di proprie inchieste che potrebbero risultare utili a tale Stato al fine di perseguire le infrazioni previste dalla Convenzione.

Il capitolo settimo disciplina poi una delle più importanti novità della Convenzione, ossia l'istituzione di un meccanismo di controllo il quale si fonda essenzialmente su due pilastri. da una parte il Gruppo di esperti sulla lotta alla tratta di esseri umani (GRETA) e dall'altra il Comitato degli Stati parte. Il primo è un organismo tecnico, composto di esperti indipendenti ed altamente qualificati nel campo dei diritti umani, dell'assistenza e della protezione delle vittime, così come nel campo della lotta alla tratta.

Il GRETA è formato da un minimo di 10 membri a un massimo di 15, eletti dal Comitato degli Stati parte assicurando nella composizione sia un equilibrio di genere che di carattere geografico. La funzione principale del GRETA è quella di controllare, attraverso la formulazione di un rapporto e di conclusioni, l'applicazione della Convenzione da parte degli Stati membri²⁶⁹.

Per quanto invece riguarda il Comitato degli Stati parte, si tratta di un organo di natura politica composto da rappresentanti degli Stati parte

²⁶⁷ *Ibidem*, art. 31.

²⁶⁸ *Ibidem*, art. 31 (4). Difatti, qualora uno Stato parte ritenga che la consultazione non sia necessaria o che possa nuocere alle indagini, può rifiutarla.

²⁶⁹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, art. 36. Report 2015 del GRETA disponibile su <https://ec.europa.eu/anti-trafficking/>.

della Convenzione in seno al Comitato dei Ministri e da rappresentanti degli Stati parte che non sono membri del Consiglio d'Europa²⁷⁰. Il Comitato si riunisce la prima volta entro un anno dall'entrata in vigore della Convenzione, per l'elezione dei membri del GRETA²⁷¹. Infine, viene disciplinata la procedura di controllo dell'attuazione della Convenzione. Tale procedura è divisa in cicli ed è lo stesso GRETA a determinare le disposizioni oggetto del controllo²⁷². Il GRETA inoltre stabilisce i mezzi più idonei per condurre la propria valutazione, tra i quali la predisposizione di un questionario a cui la Parte in esame è tenuta a rispondere e l'organizzazione, in maniera sussidiaria, di visite nei Paesi interessati²⁷³. Al termine della fase di valutazione, il GRETA formula un rapporto contenente il proprio giudizio sull'attuazione delle disposizioni della Convenzione, che viene trasmesso allo Stato parte interessato e al Comitato degli Stati parti. Quest'ultimo può formulare raccomandazioni indirizzate agli Stati interessati contenenti le misure consigliate al fine di conformarsi alle conclusioni espresse dal GRETA²⁷⁴.

Gli ultimi tre capitoli della Convenzione sono dedicati, rispettivamente, ai rapporti con gli altri strumenti internazionali, agli emendamenti ad alle clausole finali, riguardanti in particolare la firma, la ratifica e l'entrata in vigore della Convenzione. A tale fine, vengono fissate a dieci il numero di ratifiche necessarie, stabilendo che almeno otto devono provenire da Stati membri del Consiglio d'Europa²⁷⁵. Ciò in quanto la Convenzione è aperta alla firma non solo degli Stati membri, ma anche di Stati non membri che hanno comunque partecipato all'elaborazione, come gli Stati Uniti, il Canada, il Messico, la Santa Sede, il Giappone ed il Montenegro. Allo stato attuale la Convenzione è stata firmata e ratificata da 44 Stati, tra cui anche l'Italia²⁷⁶.

²⁷⁰ *Ibidem*, art. 37 (1).

²⁷¹ *Ibidem*, art. 37 (2).

²⁷² *Ibidem*, art. 38 (1).

²⁷³ *Ibidem*, art. 38 (2).

²⁷⁴ *Ibidem*, art. 38 (5).

²⁷⁵ *Ibidem*, art. 42 (2).

²⁷⁶ L. 2 luglio 2010, n. 108, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005 conseguentemente adeguando l'ordinamento interno.

Data l'ampiezza delle previsioni di protezione, è possibile considerare come la tutela prevista dal diritto internazionale per le vittime della tratta venga estesa in maniera sostanziale in virtù della Convenzione di Varsavia²⁷⁷. È al contempo necessario ricordare tuttavia che tale strumento internazionale ha una limitata applicabilità geografica, essendo limitata agli Stati del Consiglio d'Europa e a pochi altri.

4.4 IL DIVIETO DI TRATTA DI ESSERI UMANI COME NORMA DI DIRITTO INTERNAZIONALE CONSUETUDINARIO?

Fino ad ora si è potuto considerare come la principale fonte di diritto internazionale con riferimento alla tratta di esseri umani siano i trattati internazionali. Ovviamente, i trattati vincolano solamente gli Stati che ne sono parte, creando un vuoto di responsabilità in capo quelli restanti. Ciò rende la cooperazione internazionale più complicata in quei casi ove non esistano accordi bilaterali o regionali sul tema. Conseguentemente, è possibile domandarsi se il divieto di tratta di esseri umani possa aver raggiunto lo status di norma di diritto internazionale consuetudinario, andando quindi a vincolare tutti gli Stati a prescindere dalla loro ratifica del Protocollo addizionale sulla tratta di esseri umani.

Al fine di elevare una norma convenzionale a consuetudinaria, sono due gli elementi che devono essere provati: la *diuturnitas* (o prassi: la ripetizione costante ed uniforme del comportamento nel tempo) e l'*opinio juris ac necessitatis* (la convinzione che tale comportamento sia moralmente obbligatorio o che sia necessario che lo diventi)²⁷⁸.

Tuttavia, in molti casi, questi due elementi tendono a sovrapporsi. Difatti, ci sono azioni, come l'adozione di una legislazione nazionale sulla tratta di esseri umani, che possono essere allo stesso tempo esempi di prassi e di *opinio juris*. Attualmente, su 193 Stati membri delle Nazioni Unite, 139 hanno adottato una legislazione nazionale sulla tratta di esseri

²⁷⁷ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 177.

²⁷⁸ Corte internazionale di giustizia, *North Sea Continental Shelf Cases*, Federal Republic of Germany v. Netherlands/Denmark, ICGJ 150 (ICJ 1969), 20 febbraio 1969, in *ICJ Reports* 1969, n. 3, par. 77.

umani in linea con il Protocollo di Palermo²⁷⁹. Oltre alla legislazione, 147 Stati membri delle Nazioni Unite hanno adottato un piano d'azione nazionale contro la tratta di esseri umani e 130 Stati hanno creato un organismo nazionale volto al contrasto di tale fenomeno.

Tali esempi di prassi possono essere considerati anche come prove di *opinio juris*, dato che se non lo avessero reputato necessario e/o moralmente obbligatorio, gli Stati si sarebbero astenuti dall'adozione di tali misure. Con riferimento invece ai trattati internazionali, si può considerare come, al tempo della stesura, siano 169 gli Stati parti del Protocollo sulla tratta e ben 186 della Convenzione sul crimine organizzato transnazionale²⁸⁰.

Altri esempi di prassi statale e/o di *opinio juris* possono trovarsi nelle misure adottate nel contesto di organizzazioni internazionali o regionali. Al giugno del 2016, sono 169 gli Stati parte del Protocollo di Palermo contro la tratta, mentre le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulla tratta²⁸¹ hanno richiesto a tutti gli Stati membri di criminalizzare la tratta in tutte le sue forme o hanno riconosciuto un obbligo di perseguire e punire gli autori²⁸². Lo stesso vale per altre organizzazioni internazionali o regionali come il Consiglio d'Europa (47 Stati membri)²⁸³, l'Unione europea (28 Stati membri)²⁸⁴, l'Organizzazione della cooperazione islamica (57 Stati membri)²⁸⁵.

²⁷⁹ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 183.

²⁸⁰ Sulla situazione delle ratifiche della Convenzione di Palermo e dei suoi Protocolli, si veda il sito <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>.

²⁸¹ A/RES/67/190 (*Improving the Co-ordination of Efforts against Trafficking in Persons*), 20 dicembre 2012.

²⁸² A/RES/67/145 (*Trafficking in Women and Girls*), 20 dicembre 2012; e A/RES/65/190 (*Trafficking in Women and Girls*), 21 dicembre 2010.

²⁸³ A/HRC/23/L. 8 (*Trafficking in Persons, Especially Women and Children*), 6 giugno 2013; A/HRC/20/L. 1 (*Trafficking in Persons, Especially Women and Children*), 29 giugno 2012; A/HRC/14/L. 4 (*Trafficking in Persons, Especially Women and Children*), 11 giugno 2010.

²⁸⁴ Direttiva del Consiglio 2011/36/EU sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, 15 aprile 2011; e art. 5 (3) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che stabilisce che «la tratta di esseri umani è proibita», 14 dicembre 2007.

²⁸⁵ Art. 1 della Carta dell'Organizzazione della cooperazione islamica. L'Organizzazione della cooperazione islamica è un'organizzazione internazionale con una delegazione permanente presso le Nazioni Unite. Rappresenta 57 paesi dell'Europa, Vicino Oriente, Medio Oriente, America Meridionale, Africa, Asia Centrale e del Subcontinente indiano. L'organizzazione, fondata a Rabat, in Marocco, ha come finalità la salvaguardia degli interessi e lo sviluppo delle popolazioni musulmane nel mondo.

Ciò considerato, si potrebbe affermare che la prassi e l'*opinio juris* relative al divieto di tratta di esseri umani siano generalmente concordanti e diffuse da avallare la nascita di una norma di diritto internazionale consuetudinario in linea con le considerazioni svolte dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nel caso *Nicaragua*²⁸⁶.

Uno degli elementi per riconoscere una norma pattizia come consuetudinaria è la durata della prassi. Considerando che sono passati poco più di dieci anni dall'adozione del Protocollo sulla tratta, il tema è se tale periodo di tempo possa risultare sufficiente ai fini della formazione di una norma consuetudinaria di diritto internazionale. La CIG ha precisato che il trascorrere di un periodo breve di tempo non è d'ostacolo alla formazione della consuetudine, a patto che durante tale periodo la prassi sia stata estensiva e virtualmente uniforme.²⁸⁷

La nozione di "uniformità virtuale" non implica tuttavia che tutti gli Stati debbano attuare esattamente nello stesso modo²⁸⁸, ma con riguardo al divieto della tratta di esseri umani, non si può non notare che, sebbene la prassi che la vieta sia molto diffusa, rimangono ancora delle difformità fra gli Stati: molti non hanno ancora adottato legislazioni in linea con il Protocollo, né attivato piani d'azione nazionali o organismi di contrasto. Tutto ciò mette in dubbio la presenza di una *opinio juris* incontestata.

Ciò considerato, si può concludere valutando come il divieto della tratta di esseri umani come norma consuetudinaria non possa ancora definirsi cristallizzato, ma sia in un processo di sviluppo verso tale direzione. Potrebbe essere solo questione di tempo prima che tale divieto possa essere generalmente riconosciuto come parte del diritto internazionale consuetudinario. Tale riconoscimento sarebbe uno sviluppo naturale della norma pattizia, considerati la gravità del crimine, la

²⁸⁶ Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Nicaragua v. USA*, 27 giugno 1986, in *ICJ Reports* 1986 vol. 14, pag. 186.

²⁸⁷ Corte internazionale di giustizia, *North Sea Continental Shelf Cases*, *Federal Republic of Germany v. Netherlands/Denmark*, ICGJ 150 (ICJ 1969), 20 febbraio 1969, in *ICJ Reports* 1969, n. 3, pag. 74.

²⁸⁸ Corte internazionale di giustizia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Nicaragua v. USA*, 27 giugno 1986, in *ICJ Reports* 1986 vol. 14, pag. 186.

violazione di diritti umani che esso comporta e il fatto che possa essere annoverata fra le più odiose forme contemporanee di schiavitù²⁸⁹.

²⁸⁹ T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York, pag. 185-186.

5. GLI ACCORDI BILATERALI

Gli accordi bilaterali aventi ad oggetto il controllo del traffico di migranti sono strumenti internazionali che hanno iniziato ad avere una certa diffusione a partire dagli anni ottanta²⁹⁰. Si tratta di accordi volti a rendere più agevoli le operazioni congiunte di pattugliamento e ad estendere la giurisdizione degli Stati, con particolare riguardo all'interdizione di imbarcazioni sospette di trafficare migranti nelle acque internazionali o anche in quelle territoriali di uno Stato terzo²⁹¹.

Lo scopo principale di questi accordi è quello di contenere il flusso migratorio prima che esso giunga sul territorio dello Stato di destinazione. Effettivamente, la cooperazione con i paesi di origine o di transito è stato e rimane tuttora lo strumento centrale per arginare il flusso migratorio, spesso utilizzato dai paesi di destinazione nordamericani ed europei. Sono infatti quest'ultimi a volere fortemente regolare i pattugliamenti congiunti in acque internazionali o anche territoriali dello Stato in questione²⁹².

È possibile isolare alcuni caratteri comuni agli accordi bilaterali di contenimento dell'immigrazione illegale.

Il primo elemento riguarda l'indeterminatezza della natura giuridica. Difatti, solo raramente gli Stati definiscono come "trattati" i loro accordi bilaterali, preferendo termini meno diretti come "scambio di lettere", "memorandum d'intesa" o "comunicati congiunti"²⁹³. Tuttavia la natura giuridica di tali strumenti internazionali deve essere determinata mediante l'applicazione delle norme generali di diritto dei trattati, così come stabilite nella Convenzione di Vienna del 1969²⁹⁴. Ne segue che non

²⁹⁰ Sugli accordi bilaterali aventi ad oggetto il controllo del traffico di migranti, si veda in via generale, A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2007, Cambridge; A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 95-110; D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2009, Cambridge; J. P. CASSARINO ed., *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the European Mediterranean Area*, 2010, Leiden.

²⁹¹ Tale tipo di accordi vengono auspicati sia dal Protocollo sul traffico che dall'UNCLOS relativamente all'interdizione che avviene al di fuori delle acque territoriali dello Stato che pone in essere l'operazione. Gli accordi bilaterali sono inoltre requisito essenziale per operazioni multilaterali come quelle lanciate da Frontex.

²⁹² A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 95.

²⁹³ "Exchanges of letters", "Memorandum of Understanding (MoUs)", "Joint Communiqués".

²⁹⁴ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, adottata il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 6 giugno

rileva la qualificazione formale²⁹⁵, bensì l'intenzione degli Stati firmatari a voler obbligarsi ai sensi del diritto internazionale in virtù di un tale accordo²⁹⁶. La volontà deve essere determinata prendendo in considerazione i termini dell'accordo stesso e le circostanze relative alla sua conclusione. Riassumendo, anche un memorandum d'intesa o uno scambio di lettere può essere un trattato, ciò che conta è analizzare il lessico dell'accordo e verificare se corrisponde ad un chiaro obbligo vincolante per lo Stato²⁹⁷ oppure a una mera dichiarazione d'intenti.²⁹⁸

Il secondo elemento caratterizzante gli accordi bilaterali relativi al traffico di migranti è la loro segretezza²⁹⁹. Negli ultimi anni infatti, molti Stati hanno reso noto di aver concluso degli accordi bilaterali di contenimento dell'immigrazione irregolare, ma la maggior parte di essi ha evitato di rendere noto il testo di tali strumenti³⁰⁰. La riservatezza viene spesso giustificata con riguardo alla necessità di assicurare la "sicurezza operativa", ma è da considerare come tale prassi sia contraria a principi cardine del diritto internazionale. In effetti, sia la Carta delle Nazioni Unite³⁰¹ che la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati stabiliscono espressamente che «ogni trattato e ogni accordo internazionale stipulato da uno Stato deve essere registrato il più presto possibile»³⁰². È da considerare che, sebbene alcuni aspetti operativi del controllo delle migrazioni non ben combacino con una completa trasparenza, la prassi di accordi segreti risulta essere molto pericolosa, oltre che contraria alla lettera e allo spirito del diritto internazionale³⁰³.

1990.

²⁹⁵ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Art. 2(1) sulla definizione di trattato come «un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione».

²⁹⁶ Per una considerazione dei fattori da tenere in conto al fine di determinare l'intenzione delle parti a volersi obbligare V. A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2007, Cambridge, pag. 33-47.

²⁹⁷ Come ad es.: *To agree to be bound; Entry into force; To agree to [...]*.

²⁹⁸ Come ad es.: *Shall; Undertake: Come into effect, etc.*

²⁹⁹ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 96.

³⁰⁰ Ad esempio l'Australia ha concluso numerosi accordi riservati riguardanti il traffico di migranti: con Tailandia (6 luglio 2001), Cambogia (marzo 2002), Sudafrica (2 agosto 2002) e Nauru (9 dicembre 2002). La stessa prassi è stata poi seguita dal Canada. D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2009, Cambridge, pag. 197-198.

³⁰¹ Carta delle Nazioni Unite, adottata il 26 giugno 1945, entrata in vigore il 24 ottobre 1945.

³⁰² Carta delle Nazioni Unite, art. 102 (1). Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, art. 80.

³⁰³ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 97.

Il terzo elemento da considerare riguarda la distribuzione asimmetrica degli obblighi. In effetti, gli accordi generalmente comportano costi ed oneri superiori in capo allo Stato di destinazione che ha interesse a bloccare il flusso di migranti, e benefici per lo Stato di origine o transito³⁰⁴. Un chiaro esempio di tale pratica è l'accordo tra Italia e Libia del 29 dicembre 2007, che verrà analizzato *infra*. I benefici per lo Stato di origine o transito comprendono una serie di misure, economiche e/o politiche, compensative della cessione di una parte della sovranità³⁰⁵.

Seguentemente si analizzeranno brevemente gli accordi bilaterali di controllo dell'immigrazione illegale conclusi nella regione caraibica e in quella mediterranea.

5.1 ACCORDI USA-STATI CARAIBICI: LO *SHIPRIDER MODEL*

Nel 1981 venne concluso uno dei primi accordi bilaterali riguardanti temi oggi associati con il traffico di migranti: quello tra gli Stati Uniti d'America e Haiti³⁰⁶.

In base a tale accordo, la guardia costiera americana veniva espressamente autorizzata a: *«ispezionare ogni imbarcazione battente bandiera haitiana nelle acque internazionali o in quelle territoriali haitiane di cui la guardia costiera americana abbia ragionevoli sospetti che sia coinvolta nel traffico di migranti a partire da Haiti; ad interrogare i presenti a bordo relativamente al loro status; a tenere in stato di fermo l'imbarcazione qualora si abbiano ragionevoli motivi per credere che sia stato commesso un reato ai sensi delle leggi migratorie statunitensi o del relativo diritto haitiano; nonché a respingere l'imbarcazione e le persone a bordo verso Haiti»*³⁰⁷.

³⁰⁴ Per approfondire, V. J. P. CASSARINO ed., *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the European Mediterranean Area*, 2010, Leiden.

³⁰⁵ Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione firmato nel 2008 a seguito degli accordi di interdizione, prevedeva l'obbligo per l'Italia di investire in Libia 5 miliardi di euro in vent'anni.

³⁰⁶ *Exchange of Diplomatic Letters between E. H. Preeg, US Ambassador to Haiti, and E. Francisque, Haiti's Secretary of State for Foreign Affairs*, TIAS No. 10241, 23 settembre 1981.

³⁰⁷ Summary as provided in Office of the Legal Adviser, United States Department of State, M. S. PICKERING, S. J. CUMMINS, D. P. STEWART (eds.), *Digest of United States Practice in International Law* (1989-1990), pag. 48. [*Digest of United States Practice in International Law*].

Nello stesso accordo veniva poi previsto che gli Stati Uniti si impegnavano a non respingere verso Haiti coloro i quali venissero qualificati dalle autorità statunitensi come aventi diritto allo status di rifugiato³⁰⁸. Altra disposizione rilevante era quella riguardante la non criminalizzazione, da parte di Haiti, di coloro i quali fossero ritornati nell'isola dopo esser stati respinti, eccezion fatta per i trafficanti³⁰⁹.

L'accordo Stati Uniti-Haiti fu la base, durante il decennio successivo, di una spregiudicata politica di respingimenti in mare portata avanti dalla guardia costiera americana. I dati disponibili indicano che, su 21.800 haitiani fermati tra il 1981 e il 1990, solo a 6 di essi venne concesso lo status di rifugiato³¹⁰.

Nei primi anni novanta poi, la crescente violenza politica nel paese portò migliaia di haitiani a fuggire via mare verso gli Stati Uniti. In soli sei mesi, vennero fermati in mare più di 34.000 haitiani³¹¹. A questo punto, le autorità statunitensi decisero di interrompere la prassi di considerare le richieste d'asilo a bordo dell'imbarcazioni della guardia costiera in favore del trasferimento dei richiedenti asilo a Guantanamo (Cuba) per la detenzione durante il periodo di elaborazione della richiesta³¹².

Una storica sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti intervenne nel 1993 affermando che gli obblighi degli Stati Uniti in relazione alla Convenzione sullo status dei rifugiati³¹³ con riguardo al principio di *non-refoulement* si applicassero solo nei confronti dei soggetti già ammessi nel territorio degli Stati Uniti e non si estendessero anche alle

³⁰⁸ *Agreement to Stop Clandestine Migrations of Residents of Haiti to the United States*, pag. 4.

³⁰⁹ *Digest of United States Practice in International Law*, pag. 48-49.

³¹⁰ S. H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Program* in 18 (3-4) *International Journal of Refugee Law*, 2006, Oxford, pag. 669-681. [*The USA and the Caribbean Interdiction Program*].

³¹¹ S. H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Program*, pag. 679-681; D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge, pag. 190.

³¹² S. H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Program*, pag. 680-682 e D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge, pag. 189-192.

³¹³ Convenzione sullo status dei rifugiati, firmata il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954, così come modificata dal Protocollo sullo status dei rifugiati, firmato il 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

acque internazionali³¹⁴. Successivamente a tale pronuncia, nel 1994 il governo haitiano denunciò formalmente l'accordo³¹⁵.

Negli anni successivi, gli Stati Uniti sottoscrissero accordi simili con altri paesi della zona caraibica: segnatamente con Cuba nel 1995³¹⁶ e con la Repubblica Dominicana nel 2003³¹⁷. Quest'ultimo accordo è anch'esso di particolare importanza in quanto espande la giurisdizione degli Stati Uniti oltre le soglie dei precedenti accordi. Viene infatti prevista una *shiprider clause*³¹⁸, che permette agli ufficiali dominicani di imbarcarsi su di un vascello statunitense al fine di inseguire, nel caso, le imbarcazioni sospettate di traffico nelle acque dominicane ed applicare il diritto dominicano in tali situazioni³¹⁹.

Simili poteri venivano poi concessi agli *shiprider* statunitensi a bordo di imbarcazioni dominicane. È difatti lo *shiprider* nazionale che esercita i poteri di visita, ispezione e sequestro nelle acque territoriali e/o di richiedere alle autorità dell'altro Stato di farlo³²⁰. L'accordo inoltre prevede un obbligo condiviso di perseguire i trafficanti di migranti e di distruggere le imbarcazioni utilizzate nel traffico³²¹.

5.2 ACCORDI MEDITERRANEI

Sono stati numerosi gli accordi firmati durante gli ultimi decenni tra gli Stati membri dell'Unione europea più direttamente coinvolti nel

³¹⁴ *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service et al., Petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.* US SC, June 21, 1993.

³¹⁵ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 100.

³¹⁶ *Cuba-United States: Joint Statement on Normalization of Migration*, Building on the Agreement of September 9, 1994, 2 maggio 1995. Per approfondire tale accordo, si veda D. BROWN, *Crooked Straits: Maritime Smuggling of Humans from Cuba to the United States*, *University of Miami Inter-American Law Review* 273, 2002, pag. 275-276.

³¹⁷ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Dominican Republic Maritime Migration Law Enforcement*, adottato il 20 maggio 2003, entrato in vigore il 20 maggio 2003.

³¹⁸ “Shiprider” è definito come «funzionari di polizia di una Parte autorizzati ad imbarcarsi su imbarcazioni o aeromobili di polizia dell'altra Parte». *US-Dominican Republic Migration Agreement*, art. 1 (14).

³¹⁹ *Ibidem*, art. 4.

³²⁰ *Ibidem*, art. 4-5.

³²¹ *Ibidem*, art. 10 (4).

flusso migratorio odierno (Italia, Malta e Spagna) e i vicini nordafricani e mediorientali riguardo alla gestione dell'immigrazione clandestina.

In primo luogo è possibile considerare l'accordo tra Italia e Albania del 1997, quando lo Stretto di Otranto divenne il limite esterno della frontiera Ue successivamente all'adesione dell'Italia alla Convenzione di Schengen³²². L'accordo Italia-Albania, parzialmente ispirato da quelli USA-Caraibi, era costituito formalmente da uno "scambio di lettere" seguito da un protocollo di attuazione³²³. L'accordo seguiva il modello *shiprider* precedentemente descritto, permettendo all'Italia di fermare ogni natante albanese nelle acque internazionali di cui si avevano ragionevoli motivi per credere che fosse coinvolto nel traffico di migranti nonché ogni natante di ogni nazionalità all'interno delle acque territoriali albanesi³²⁴. Inoltre, la Marina Militare poteva ordinare di ritornare in Albania alle imbarcazioni albanesi che avessero rifiutato l'ispezione o che trasportassero migranti³²⁵.

In seguito, fu l'Unione Europea a svolgere un ruolo guida nella creazione di un sistema di accordi di cooperazione tra Stati membri e Paesi terzi³²⁶, attraverso l'istituzione dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'Unione Europea, meglio conosciuta come Frontex³²⁷. Tuttavia mandato di Frontex, come si analizzerà *infra*, non risulta idoneo ad autorizzare l'attribuzione all'Agenzia

³²² L'Italia firmò gli accordi il 27 novembre 1990.

³²³ Protocollo tra Italia e Albania per la prevenzione di talune condotte illegali e l'assistenza umanitaria nei confronti di coloro che lasciano l'Albania, firmato il 2 aprile 1997. Il Protocollo, che permetteva all'Italia di fermare le imbarcazioni albanesi, venne concluso una settimana dopo lo scambio di lettere. Ciò divenne rilevante successivamente all'affondamento di un'imbarcazione albanese che trasportava migranti in acque internazionali a seguito della collisione con una nave militare italiana impegnata nell'interdizione della stessa. L'affondamento ebbe luogo dopo lo scambio di lettere ma prima che il protocollo che autorizzava l'interdizione fosse sottoscritto. Il tema della responsabilità fu considerato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Xhavara and Fifteen Others v. Italy and Albania*, Application No. 39473/98 (CEDU, 11 gennaio 2001).

³²⁴ Per approfondire il contesto politico relative a questo accordo, V. T. PERLMUTTER, *The Politics of Proximity: The Italian Response to the Albanian Crisis*, in *32 International Migration Review*, 1998, pag. 203 ss.

³²⁵ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, New York, pag. 103.

³²⁶ Per approfondire, V. T. VAN CRIEKINGE, *The EU- Africa Migration Partnership: A Case Study of the EU's Migration Dialogue with Ghana and Senegal* (EUI Migration Working Group), marzo 2010.

³²⁷ Frontex è l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, istituita con il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004. Sarà ampiamente analizzata *infra* nel capitolo 2.

del compito di ricercare il consenso del paese terzo.³²⁸. Ne segue che ogni operazione di Frontex in alto mare è soggetta alle norme di diritto internazionale applicabili, incluso il principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera in alto mare.

Ad ogni modo, le missioni di Frontex hanno operato anche nelle acque territoriali di altri Stati, quali Mauritania e Senegal ad esempio. Tali operazioni, oltre ad essere soggette al diritto internazionale, in particolare dei diritti umani e dei rifugiati, devono essere approvate dagli Stati costieri³²⁹. Così, nella pratica, il consenso per l'estensione del campo d'azione delle operazioni coordinate da Frontex alle acque territoriali di Paesi terzi viene accordato mediante accordi bilaterali conclusi tra lo Stato membro interessato e il Paese terzo³³⁰. Infatti, negli anni duemila, sono stati sottoscritti numerosi accordi bilaterali, in particolare dalla Spagna con Mauritania, Capo Verde e Senegal³³¹.

Questi accordi sono volti a prevenire la partenza di imbarcazioni trafficanti migranti verso le isole Canarie. Anche tali accordi si basano sul modello *shiprider*, con ufficiali dei paesi terzi che applicavano il diritto locale nelle acque territoriali a bordo di imbarcazioni spagnole.

Tuttavia è da notare che, in conformità con la natura consensuale del diritto internazionale³³², la legittimità di questa soluzione è discutibile in quanto il consenso, per essere validamente prestato, dovrebbe essere negoziato in via bilaterale e corredato da limiti precisi, per cui dovrebbe escludersi che l'autorizzazione derivante da un accordo tra uno Stato membro dell'Unione e un paese terzo possa essere automaticamente estesa agli altri Stati membri³³³.

³²⁸ House of Lords (UK), European Union Committee, *Frontex: The EU External Borders Agency, Report with evidence*, (9th Report of Session, 2007-2008), par. 142-143. [House of Lords, *Frontex*].

³²⁹ Tema ampiamente approfondito *infra* nel Capitolo 2.

³³⁰ House of Lords, *Frontex*, par. 146.

³³¹ Tali accordi sono generalmente finalizzati a prevenire la partenza di imbarcazioni che trafficano migranti diretti in Spagna. Viene generalmente prevista la fornitura di assistenza tecnica da parte spagnola nonché un modello *shiprider* di interdizione nelle acque internazionali o territoriali dello Stato terzo interessato.

³³² «La teoria consensuale dei trattati che ha dominato il moderno diritto internazionale proibisce il trasferimento di diritti ed obblighi convenzionali da una parte nei confronti di una parte non contraente». D.P. O' CONNELL, *State Succession in Municipal Law and International Law*, 1967, Cambridge, pag. 352.

³³³ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 204.

6. LA NORMATIVA ITALIANA E GLI ACCORDI BILATERALI CON LA LIBIA

6.1 LA RATIFICA ITALIANA DELLA CONVENZIONE DI PALERMO L. 16 MARZO 2006, n. 146

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale è stata trasposta nel nostro ordinamento giuridico³³⁴, a conclusione di un percorso parlamentare travagliato, con la legge 16 marzo 2006 n. 146, intitolata «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*»³³⁵.

La normativa in questione ricalca fedelmente quelle che sono le disposizioni della Convenzione contro la criminalità organizzata: viene quindi utilizzata la stessa nozione di "gruppo criminale organizzato" prevista dall' art. 2 (a) della Convenzione. Ad ogni modo, è indispensabile considerare il modello di riferimento per la nozione di gruppo criminale organizzato nel nostro ordinamento, ossia l'art. 416 - bis c.p.³³⁶ In effetti, le stesse norme della legge 16 marzo 2006, n. 146 sembrano indirizzare verso l'utilizzazione dell'art. 416-*bis* c.p. come modello di riferimento normativo, presupponendo, in diversi parti dell'articolato normativo, l'operatività di una consorceria criminale secondo le forme disciplinate dall'art. 416-*bis* c.p.

³³⁴ Sulla ratifica italiana della Convenzione delle Nazioni Unite contro il Crimine Organizzato Transnazionale, V. A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano.

³³⁵ Legge 16 marzo 2006, n. 146, Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

³³⁶ Associazione di tipo mafioso «[...] l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri [...]». Art. 416 - bis c. p..

Tuttavia, la legge 16 marzo 2006³³⁷ n. 146, non fa riferimento al metodo mafioso impiegato dal gruppo criminale organizzato, che rappresenta invece il requisito fondamentale per la configurazione della fattispecie disciplinata dall' art. 416-*bis* c.p. Non v'è dubbio, infatti, che non venga richiamata in alcun modo la "forza di intimidazione del vincolo associativo" e la "condizione di assoggettamento che ne deriva".

Questo ci spinge a considerare il gruppo criminale organizzato finalizzato alla commissione di reati transnazionali richiamato dall'art. 3 della legge 146/2006 in maniera autonoma rispetto alla previsione dell'art. 416-*bis* c.p. In questa prospettiva, l'art. 3 della legge 16 marzo 2006, n. 146 rappresenta uno sviluppo dell' art. 416-*bis* c.p., allo stesso modo di come questa previsione ha rappresentato un'evoluzione normativa dell'art. 416 c.p.³³⁸. In sostanza è possibile ritenere che l'art. 416-*bis* c.p. e l'art. 3 della legge 16 marzo 2006, n. 146 rappresentano una linea di continuità politico-criminale nell'elaborazione di una politica di contrasto più efficace nella repressione dei fenomeni associativi, attraverso l'individuazione di una nozione di gruppo criminale multifunzionale e non più legata ad una visione causale classica dei fenomeni criminali³³⁹.

6.2 LA RATIFICA ITALIANA DEL PROTOCOLLO SUL TRAFFICO DI MIGRANTI

Il Protocollo sul traffico obbliga ogni Stato parte ad adottare le misure legislative necessarie per conferire il carattere di reato, negli ordinamenti nazionali, alle condotte di cui all'art. 6³⁴⁰. In Italia il traffico di migranti viene disciplinato del T.U. 286/98, come modificato dalla L.

³³⁷ Si tratta dell'Art. 3 della L. 136/2006, il quale riprende l'Art. 2 (a) della Convenzione.

³³⁸ Associazione per delinquere «quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni» art. 416 (1) c.p.

³³⁹ A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano, pag. 250.

³⁴⁰ Si tratta, come già visto, del (i) traffico di migranti; (ii) fabbricazione, fornitura, possesso di documenti di viaggio o di identità fraudolenti qualora l'atto venga commesso al fine di permetter il traffico di migranti; (iii) favoreggiamento del soggiorno illegale. Il comma (2) dello stesso articolo poi estende l'operatività della fattispecie anche al tentativo, alla partecipazione e all'organizzazione e direzione di altre persone.

189/2002³⁴¹. Viene introdotto il delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino degli stranieri distinto in ipotesi semplice e aggravate³⁴².

Nelle ipotesi semplici la condotta tipica consiste nel compimento di «atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente»³⁴³. A differenza della normativa previgente, che tipizzava esclusivamente l'ingresso nel territorio dello Stato italiano, con questa previsione si vuole contrastare il passaggio di clandestini del territorio nazionale verso altri Paesi europei ovvero situazioni nelle quali i migranti oggetto del traffico non entrino nel territorio nazionale per rimanervi, bensì per raggiungere la destinazione finale del loro tragitto illegale, facilitato da organizzazioni criminali transnazionali. Sebbene il delitto sia generalmente posto in essere a livello associativo, la norma non richiede la presenza di un'organizzazione come presupposto materiale dell'illecito, ampliando così enormemente la possibilità di concreta configurazione del delitto³⁴⁴.

La struttura del reato è di mera condotta ed a forma libera: non è necessario che l'ingresso illegale abbia luogo. Per il perfezionamento della fattispecie è sufficiente l'aver posto in essere un'attività diretta a realizzare l'ingresso dello straniero. La sanzione prevista è quella della reclusione fino a tre anni con multa fino a 15.000 euro per ogni persona favorita.

Come ha chiarito la Corte di Cassazione, «per attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione della legge non devono intendersi soltanto quelle condotte specificamente mirate a consentire l'arrivo e lo sbarco degli stranieri, ma anche quelle, immediatamente successive a tale ingresso, intese a garantire la buona riuscita dell'operazione [...] e, in genere, tutte quelle attività di fiancheggiamento e di cooperazione direttamente e in senso stretto collegabili all'ingresso dei clandestini»³⁴⁵.

³⁴¹ D. Lgs. 286/98 come modificato dalla Legge n. 189/02. "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

³⁴² T. U. 286/98, Art. 12.

³⁴³ T. U. 286/98, Art. 12 (1).

³⁴⁴ A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, 2008, Milano, pag. 210.

³⁴⁵ Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 7045/00.

Viene inoltre specificato che il favoreggiamento dell'ingresso clandestino non richiede l'esistenza di una violenza fisica o psichica, ma solo il compimento di atti che, in qualsiasi modo, agevolino l'ingresso irregolare, potendo il fatto essere commesso anche da chi si trovi nella condizione di clandestino³⁴⁶. Non costituiscono reato invece le attività di soccorso e l'assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato³⁴⁷.

Per quanto riguarda, invece, le ipotesi aggravate del delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino, la L. 189/2002 aggiunge quattro circostanze a quella già contemplata dall'art. 12 (3). Si tratta di circostanze espressamente qualificate dalla giurisprudenza della Cassazione come circostanze aggravanti ad effetto speciale³⁴⁸.

La prima delle ipotesi aggravate prevede il dolo specifico di trarre profitto dall'ingresso illegale. Questo fine è inteso non solo ed esclusivamente in senso di utilità pecuniaria, ma anche come qualunque soddisfazione o piacere che l'agente si riprometta dalla sua azione criminosa³⁴⁹. La pena stabilita è la reclusione da quattro a dodici anni e la multa da 15.000 euro per ogni persona favorita. La stessa pena si applica anche *«quando 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»*³⁵⁰.

L'esigenza di tutela della pubblica sicurezza e quella di garantire la protezione dei diritti fondamentali delle persone giustificano la severità delle aggravanti contemplate nell'art. 12 (3-bis) e (3-ter). In base alla prima disposizione, le pene (di cui al comma 3) sono aumentate se: (i) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; (ii) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale, la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua

³⁴⁶ Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 3162/03.

³⁴⁷ T. U. 286/98, art. 12 (2).

³⁴⁸ Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 5360/00. Sono tali quelle circostanze che comportano un aumento o diminuzione della pena superiore ad un terzo.

³⁴⁹ T. U. 286/98, art. 12 (3), conformemente alla lettera del Protocollo sul traffico di migranti.

³⁵⁰ *Ibidem*, art. 12 (3).

incolumità e se (iii) per procurare l'ingresso o la permanenza illegale, la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante³⁵¹.

Con riguardo alla seconda disposizione viene stabilito che «*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, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni e la multa di 25.000 euro per ogni persona*»³⁵².

Ulteriore prova della volontà del legislatore diretta a combattere il fenomeno criminale del traffico di migranti sono l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza ed il ricorso al giudizio direttissimo, la preclusione della restituzione dei mezzi di trasporto utilizzati dei clandestini e sequestrati dalle Forze dell'Ordine nonché il regime carcerario speciale per i reati di maggiore gravità previsti dalle ipotesi aggravate³⁵³.

Fuori dai casi di favoreggiamento dell'ingresso, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il T. U. prevede un'altra fattispecie delittuosa, che integra gli estremi del favoreggiamento della permanenza illegale, andando a punire «*chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero [...] favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico [...] con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a 15.494 euro*»³⁵⁴.

Il reato di favoreggiamento della permanenza prevede dunque, come elemento di fattispecie, il fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero: la presenza del dolo specifico riduce l'operatività della fattispecie, a differenza di quella del reato di favoreggiamento dell'ingresso³⁵⁵. Il carattere residuale del delitto di favoreggiamento della permanenza illegale, che si apre con una clausola di

³⁵¹ *Ibidem*, art. 12 (3 - bis).

³⁵² *Ibidem*, art. 12 (3 - ter).

³⁵³ *Ibidem*, art. 12 (4).

³⁵⁴ *Ibidem*, art. 12 (5).

³⁵⁵ A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, 2008, Milano, pag. 210.

riserva, fa sì che questo trovi applicazione solo quando non sia ravvisabile un'attività di concorso nei più gravi delitti dei cui ai commi precedenti³⁵⁶.

6.3 LA TRATTA DI ESSERI UMANI NELLA NORMATIVA NAZIONALE

L'ordinamento giuridico era carente, quantomeno fino all'approvazione della legge 11 agosto 2003, n. 228 intitolata "Misure contro la tratta di persone"³⁵⁷, di un sistema di misure normative adeguate a contrastare il fenomeno della tratta di esseri umani³⁵⁸. La lacuna normativa è stata peraltro solo parzialmente colmata dal legislatore, il quale si è adeguato alle indicazioni fornite dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale³⁵⁹.

Il 28 marzo 2014 è entrato in vigore il D.lgs. 24/2014³⁶⁰ attuativo della Direttiva 2011/36/EU³⁶¹. Tale decreto ha modificato gli artt. 600 e 601 del codice penale e ha introdotto un piano d'azione domestico di contrasto alla tratta di esseri umani. Le modifiche riguardano anche la definizione di "tratta di esseri umani" al fine di espandere tale nozione per includere anche l'abuso di situazioni di potere o di vulnerabilità, nonché la rimozione di organi. Lo scopo delle modifiche è sia di rafforzare lo strumento sanzionatorio che di impedire che delle specifiche manifestazioni dei reati in questione possano sfuggire alla repressione penale.

³⁵⁶ *Ibidem*, pag. 214.

³⁵⁷ L. 11 agosto 2003, n. 228 «Misure contro la tratta di persone».

³⁵⁸ Sulla tratta di esseri umani nell'ordinamento nazionale, V. S. ALEO, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, 2004, Milano; S. FORLATI, *La lotta alla tratta di esseri umani: fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, 2013, Napoli; A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano.

³⁵⁹ A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano, pag. 306.

³⁶⁰ D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 24 «attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI».

³⁶¹ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI [Direttiva 2011/36]. Considerata *infra* al paragrafo 4.2 del secondo capitolo.

L'art. 600 c.p. è dedicato alla disciplina della riduzione in schiavitù o in servitù: un reato permanente che si consuma con l'acquisizione, in capo alla vittima, di una condizione soggettiva assimilabile a quella dello schiavo. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona. Inoltre, la riduzione in schiavitù, oltre a costituire un reato permanente, costituisce una fattispecie a forma libera, che viene descritta mediante l'indicazione dell'evento, quello della soggezione del soggetto passivo al potere incondizionato e irreversibile del soggetto attivo del reato.

Può inoltre configurarsi il delitto di cui all' art. 600 c.p. anche nelle ipotesi in cui alla vittima venga concesso dal soggetto che lo schiavizza una limitata libertà di movimento, a condizione che sia percepita come revocabile e si svolga in una sfera di pieno controllo da parte dell'agente. La riduzione in schiavitù è punita con la reclusione da otto a venti anni³⁶². Si prevede poi un'aggravante ad effetto speciale se «*i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore di anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi*»³⁶³.

Le due fattispecie di reato previste dagli artt. 601 e 602 c.p., così come riformulati dal D.lgs. 24/2014, si pongono tra di loro in un rapporto di reciproca sussidiarietà, che li fa ritenere meritevoli di essere esaminate congiuntamente. L'art. 601 c.p. è dedicato alla disciplina della tratta di esseri umani e stabilisce che «*chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di sfruttamento, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona*

³⁶² Art. 600 (1), (2) c.p.

³⁶³ Art. 600 (3) c. p.

che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni»³⁶⁴.

L'art. 602 c.p. è invece dedicato alla disciplina dell'acquisto e dell'alienazione di schiavi stabilendo che *«chiunque, fuori dai casi indicati dall'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni»³⁶⁵.*

Le ipotesi contemplate dall'art. 602 c.p. presuppongono che il soggetto passivo si trovi già in stato di schiavitù: in caso contrario si realizza il reato di cui all' art. 600 c.p. Deve inoltre osservarsi che si tende a classificare il delitto come di danno e abituale. Viene ritenuto configurabile il tentativo ma non il concorso formale tra l'art. 601 c.p. e l'art. 600 c.p., dato che quest'ultimo assorbe il primo. Sotto il profilo soggettivo si richiede la consapevolezza e la volontà di commerciare in schiavi ovvero in individui sottoposti ad una condizione soggettiva analoga.

Una delle novità apportate dal D.lgs. 24/2014 è la destinazione delle risorse del Fondo delle misure anti tratta³⁶⁶ all'indennizzo delle vittime della tratta, della riduzione in schiavitù, del reato associativo finalizzato alla tratta, di acquisto e alienazione di schiavi.

L'indennizzo riguarda ogni tipo di lesione, fisica o mentale che derivi dalla tratta o da uno dei reati summenzionati³⁶⁷. Il termine di decadenza dall'indennizzo è di cinque anni a partire dalla sentenza definitiva di condanna. Tuttavia, il report del GRETA sulla tratta ha identificato i maggiori ostacoli alla percezione dell'indennizzo da parte delle vittime in Italia quali *«l'incompletezza dell'informazione sui diritti*

³⁶⁴ Art. 601 (1) c.p. Al secondo comma viene poi ribadita la stessa aggravante ad effetto speciale presente al comma 3 dell' art. 600 c.p.

³⁶⁵ Art. 602 (1) c. p. Viene anche in questo caso ribadita la stessa aggravante ad effetto speciale presente al comma 3 dell' art. 600 c.p. e comma 2 dell' art. 601 c.p.

³⁶⁶ Il Fondo per le misure anti tratta già era stato istituito dall'art. 12 della legge 228/2003. Tuttavia questo non era destinato a fini risarcitori bensì al finanziamento dei programmi di assistenza e di integrazione sociale in favore delle vittime, nonché ad altre finalità di protezione sociale.

³⁶⁷ Non è richiesto che la lesione debba essere causata in Italia, potendo questa essere inflitta anche in un altro Stato.

delle vittime [...], la difficoltà nell'ottenere un'assistenza legale gratuita e i tempi dei procedimenti giudiziari»³⁶⁸.

Viene determinata in 15,000 euro la misura dell'indennizzo per ogni vittima, sia pur nei limiti della disponibilità del fondo. Viene ad ogni modo previsto il diritto di surroga del Fondo per le misure anti tratta nei diritti della parte civile o dell'attore nei confronti del condannato al risarcimento del danno³⁶⁹.

6.4 GLI ACCORDI ITALO-LIBICI

Gli accordi di cooperazione tra Italia e Libia riflettono molti dei tratti caratteristici degli accordi bilaterali di contrasto al traffico di migranti considerati nei paragrafi precedenti: l'indeterminatezza della natura giuridica, la riservatezza³⁷⁰ e la distribuzione asimmetrica degli obblighi³⁷¹.

L'inizio della cooperazione tra Italia e Libia sul tema dell'immigrazione viene generalmente ricondotta ad un accordo mai pubblicato del dicembre del 2000 «*per la collaborazione nella lotta al terrorismo, al crimine organizzato, al traffico di droga e all'immigrazione irregolare*»³⁷². Un accordo complementare su aspetti operativi, come lo scambio di informazioni, venne in seguito firmato nel 2003 tra il capo della Polizia italiana e la sua controparte libica. Anche il contenuto di tale accordo non venne mai rivelato³⁷³.

Nonostante le proteste europee riguardanti il trattamento dei migranti in Libia, detenuti e poi espulsi verso i loro paesi d'origine³⁷⁴, la

³⁶⁸ Report 2015 del GRETA disponibile su <https://ec.europa.eu/anti-trafficking/>.

³⁶⁹ SALVATORE ALEO, ALESSANDRO CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, 2004, Milano, pag. 252.

³⁷⁰ Sulle implicazioni costituzionali della procedura semplificata utilizzata dal governo italiano per concludere tali accordi senza l'approvazione del Parlamento, V. DI PASCALE, *Migration Control at Sea, The Italian Case in Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), Leiden, Boston, 2010, pag. 299- 300. [*Migration Control at Sea, The Italian Case*].

³⁷¹ Gli accordi citati nel presente paragrafo non sono stati resi pubblici né dalle autorità italiane né da quelle libiche, nonostante siano disponibili alcune fonti ufficiose.

³⁷² DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, cit., pag. 297.

³⁷³ Il Ministro degli Interni dell'epoca, Giuseppe Pisanu, affermò che «la pubblicazione del contenuto dell'accordo avrebbe inficiato notevolmente sulla sua efficacia». V. P. CUTTITA, *Readmission in the Relations between Italy and North African Mediterranean Countries*, in J. P. CASSARINO (ed.), *Unbalanced Reciprocities*, Cambridge, 2010, pag. 34.

³⁷⁴ V. Risoluzione del Parlamento europeo su Lampedusa, P6_TA-PROV (2005)0138, 14 aprile 2005.

cooperazione tra Italia e Libia proseguì con la conclusione, peraltro mai ufficialmente confermata, di un accordo di riammissione nel 2004³⁷⁵.

Il 29 dicembre 2007 poi, venne sottoscritto un accordo bilaterale di cooperazione tra il Ministro dell'Interno italiano e il Ministro degli Affari Esteri libico. Venivano così stabilite le regole per i pattugliamenti congiunti delle acque territoriali libiche a fronte della donazione, da parte italiana, di sei imbarcazioni per il controllo marittimo, di attrezzature tecniche nonché di supporto politico³⁷⁶. L'Italia inoltre si obbligava a cedere, per un periodo di tre anni, tre imbarcazioni da costruire e ad incoraggiare le istituzioni dell'Ue a concludere un accordo quadro con la Libia. La Libia si obbligava invece a «*coordinare le proprie azioni con i Paesi d'origine al fine di ridurre l'afflusso migratorio ed assicurare il rimpatrio degli immigrati*»³⁷⁷.

Nell'agosto 2008 venne sottoscritto dai leader dei due Stati il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione Italo-Libico³⁷⁸, che stabiliva una serie di obblighi in capo alla Libia con riferimento all'immigrazione in cambio del pagamento di 5 miliardi di euro alla Libia come compensazione per il periodo coloniale.

Nel febbraio 2009 venne poi firmato un Protocollo Addizionale, modificativo del Trattato del 2007. La modifica riguardava principalmente l'inclusione di un nuovo articolo, ai sensi del quale venivano predisposti pattugliamenti congiunti sia nelle acque territoriali che in quelle internazionali sulla base del modello *shiprider*³⁷⁹ nonché i rimpatri degli "immigrati clandestini"³⁸⁰.

³⁷⁵ L'esistenza si presume dal rapido aumento del numero di migranti riammessi in Libia a partire da tale data. Iniziale del nome puntata, cognome in maiuscolo, DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, pag. 297.

³⁷⁶ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application No. 27765/09 (CEDU), 23 febbraio 2012, par. 19. [Sentenza Hirsi].

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ Ratificato con la L. n. 7/2009, del 6 febbraio 2009. V. N. RONZITTI, *The Treaty of Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya: New Prospects for Cooperation in the Mediterranean*, scritto presentato alla conferenza del Gruppo strategico per il Mediterraneo, 11-12 maggio 2009.

³⁷⁹ «*I due Stati si obbligano a predisporre pattugliamenti marini con equipaggi congiunti, composti da eguale numero di personale italiano e libico dotato di esperienza e capacità equivalenti. I pattugliamenti saranno condotti nelle acque internazionali e nelle acque territoriali libiche sotto la supervisione di personale libico e con la partecipazione di membri dell'equipaggio italiani; nelle acque internazionali e nelle acque territoriali italiane sotto la supervisione di personale italiano e con la partecipazione di*

Sebbene nessuno di questi accordi è stato reso pubblico, molte delle informazioni disponibili sono divenute accessibili durante il procedimento dinanzi alla Corte di Strasburgo nel caso *Hirsi Jamaa v. Italy*³⁸¹ conclusosi con la condanna dell'Italia per i respingimenti dei migranti verso la Libia. Tuttavia, mediante questa ed altre fonti officiose, è possibile ricostruire le principali caratteristiche degli accordi bilaterali tra Italia e Libia sull'immigrazione:

- Costruzione, da parte dell'Italia, di centri per i migranti irregolari (a fini detentivi nonché umanitari);
- Rimpatrio degli immigrati irregolari dall'Italia verso la Libia;
- Rimpatrio degli immigrati irregolari dalla Libia verso i paesi terzi;
- Pattugliamenti congiunti nel Mediterraneo centrale in base al modello *shiprider*;
- Scambio di informazioni di intelligence riguardanti le strutture, le attività e le rotte dei trafficanti;
- Fornitura di materiale (comprese navi da pattugliamento e strumenti di monitoraggio elettronico) e di assistenza varia alla Libia finalizzata al rafforzamento delle sue capacità di controllo;
- Addestramento di ufficiali di polizia libici;
- Respingimenti verso la Libia dei migranti intercettati dalle autorità italiane in acque internazionali³⁸².

Le tensioni politiche e sociali scoppiate in Libia e nella vicina Tunisia tra il 2010 e il 2011 hanno causato l'esodo di migliaia di persone, un aumento mai registrato prima di arrivi sulle coste italiane e di morti nel

membri dell'equipaggio libici». Sentenza Hirsi, par. 19.

³⁸⁰ «I due Stati si obbligano a rimpatriare gli immigrati clandestini e a concludere accordi con i Paesi di origine al fine di contenere l'immigrazione clandestina». Sentenza Hirsi, par. 19.

³⁸¹ Il 23 febbraio 2012 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ha condannato all'unanimità l'Italia per la violazione (doppia) dell'art. 3, dell'art. 4 del Protocollo n. 4 e dell'art. 13 della CEDU. I fatti alla base della sentenza riguardano i respingimenti di migranti verso la Libia a seguito degli accordi intercorsi tra i due paesi. L'Italia è stata condannata per la violazione dell'art. 3 (per aver esposto i ricorrenti al rischio di trattamenti inumani e degradanti in Libia e per violazione del principio di *non refoulement*); violazione dell'art. 4 Protocollo n. 4 (violazione del divieto di espulsioni collettive); violazione dell'art. 13 in combinato con l'art. 3 e l'art. 4 del Protocollo n. 4.

³⁸² DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, pag. 297- 298; Sentenza Hirsi.

Canale di Sicilia nel tentativo di raggiungere il continente europeo³⁸³. A seguito di tali fatti il Ministro della Difesa italiano rese noto che «*gli accordi tra Italia e Libia venivano sospesi a seguito degli eventi del 2011*»³⁸⁴.

La situazione di instabilità politica in Libia ha contribuito, e continua a contribuire all'esodo massiccio di migliaia di persone verso l'Italia e l'Europa. I trafficanti hanno trovato nel paese nordafricano un luogo sicuro dove operare, protetti dalle milizie locali.

Tutto ciò rappresenta una grave minaccia per la stabilità politica e sociale europea, la cui politica comune in tema di immigrazione e asilo non è atta al trattamento di quello che è il maggior esodo di profughi sul continente europeo dalla seconda guerra mondiale, rimanendo ostaggio delle spinte securitarie di buona parte degli Stati membri.

La gestione delle frontiere esterne dell'Unione, coordinata da Frontex, ha rappresentato la continuazione sul piano operativo di tali preoccupazioni politiche.

La sentenza *Hirsi* del 2012 e il naufragio di Lampedusa dell'ottobre 2013 hanno tuttavia rappresentato un punto di svolta della gestione delle frontiere esterne marittime, come si avrà modo di analizzare nel seguente capitolo.

³⁸³ Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, *Lives Lost in the Mediterranean: Who is Responsible?* (Relazione del Comitato sulle migrazioni, Doc. 12895, 5 aprile 2012).

³⁸⁴ Sentenza *Hirsi*, par. 21.

CAPITOLO II

IL CONTROLLO DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA: IL RUOLO DI FRONTEX

1. IL CONTROLLO DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE

Il concetto di "controllo delle frontiere" viene spesso considerato dai trattati e dalle legislazioni nazionali sul traffico di migranti e sull'immigrazione in generale, ma quasi mai definito. In una delle rare definizioni, "controllo delle frontiere" viene considerato come *«un controllo posto in essere al confine in risposta all'intenzione di attraversarlo da parte di un soggetto»*³⁸⁵. Tuttavia, tale nozione è molto più estesa rispetto a tale definizione: esso implica l'adozione di una serie di misure prima della frontiera, alla frontiera e dopo l'ingresso.

Il controllo delle frontiere presenta un paradosso apparentemente irrisolvibile: quanto più i controlli sono efficaci, tanto più coloro che vogliono eluderli si affidano a soggetti "facilitatori" quali i trafficanti. Tale dilemma è stato anche riconosciuto dalle Nazioni Unite: *«quando le persone sono costrette a fuggire, l'efficacia dei controlli alle frontiere non ha alcun tipo di effetto deterrente oltre a quello di rendere il viaggio più complicato e aumentare la domanda dei servizi dei trafficanti, al fine di eludere i controlli anche a rischio della propria vita»*³⁸⁶.

In breve, i controlli alla frontiera sono parte della soluzione al traffico di migranti ma sono anche parte del problema. Il regime giuridico europeo ed internazionale riflette tale tensione, considerando in maniera estensiva la gestione della frontiera senza peraltro riconoscere misure di prevenzione basate sull'eradicazione delle cause primarie delle migrazioni.

Un ulteriore problema riguarda il rapido adattamento dei trafficanti al mutare delle politiche migratorie o delle operazioni di controllo della frontiera. Gli Stati di destinazione generalmente affrontano la minaccia

³⁸⁵ Direttiva del Consiglio 2004/82/EC del 29 aprile 2004 sull'obbligo dei vettori di comunicare i dati dei passeggeri.

³⁸⁶ *International Framework for Action to Implement the Trafficking in Persons Protocol*, UNODC, 2009, pag. 43.

dell'immigrazione clandestina aumentando i mezzi materiali e tecnologici, modificando la legislazione e cooperando con altri Stati. I trafficanti, dal lato loro, rispondono alle operazioni di contrasto cambiando le rotte, aumentando il loro livello tecnologico, professionale e giuridico, sviluppando strategie di marketing e corrompendo le autorità.

Il controllo delle frontiere viene considerato anche dal Protocollo sul traffico di migranti: questo obbliga vagamente gli Stati parte a «*rafforzare, nella misura possibile, i controlli alle frontiere necessari per prevenire e individuare il traffico di migranti*»³⁸⁷.

Ciò che invece risulta più chiaramente nel Protocollo è che le misure di controllo della frontiera non possono limitare i diritti umani internazionalmente riconosciuti agli individui, e in particolare il diritto di chiedere ed ottenere asilo dalle persecuzioni³⁸⁸.

2. GLI ACCORDI DI SCHENGEN E LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE

L'Unione europea ha acquisito le proprie competenze in materia di gestione delle frontiere esterne in modo progressivo, parallelamente all'evoluzione delle politiche in materia d'immigrazione e di cooperazione di polizia e giudiziaria.

Le politiche europee sui controlli alle frontiere sono strettamente connesse con quelle relative all'asilo e all'immigrazione. Queste sono infatti regolate congiuntamente nel capo 2 (artt. 77-80) del titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea³⁸⁹, nel più ampio contesto dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". L'istituzione di un tale "spazio" è funzionale alla libera circolazione delle persone all'interno

³⁸⁷ Protocollo sul traffico di migranti, Art. 11 (1).

³⁸⁸ Ibidem, Art. 19.

³⁸⁹ Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), da ultimo modificato dall'articolo 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130. Il TFUE è, accanto al Trattato sull'Unione Europea (TUE), uno dei trattati fondamentali dell'Unione europea. Assieme costituiscono le basi fondamentali del diritto primario nel sistema politico dell'UE. Secondo l'Art. 1 del TFUE, i due trattati hanno pari valore giuridico e vengono definiti nel loro insieme come "i trattati". Il TFUE risale al trattato sulla fondazione della Comunità Economica Europea (CEE), stipulato a Roma nel 1957

dell'Unione europea³⁹⁰. In effetti, fin dai Trattati di Roma del 1957³⁹¹, la promozione della libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali all'interno della Comunità è stata uno dei principali obiettivi dell'integrazione europea.

Nel 1985 cinque Stati (Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Olanda) si accordarono per la creazione di uno spazio unico volto a favorire la libera circolazione dei cittadini mediante l'abolizione dei controlli alle persone alle frontiere interne tra gli Stati partecipanti e la costituzione di un sistema comune di controllo delle frontiere esterne. L'accordo venne firmato il 14 giugno 1985 e prese il nome dalla cittadina lussemburghese dove venne firmato: Schengen³⁹². All'accordo originale seguì la Convenzione di attuazione del 1990³⁹³, entrata in vigore nel 1995, alla quale aderirono successivamente diversi Stati, tra cui l'Italia³⁹⁴.

La Convenzione di attuazione era basata sulla cooperazione intergovernativa nel settore giustizia e affari interni. Gli accordi di Schengen prevedevano che all'interno del cosiddetto "spazio Schengen" si applicassero in maniera uniforme le normative per visti, soggiorni brevi, richieste d'asilo e controlli alle frontiere³⁹⁵. Contestualmente, per garantire la sicurezza all'interno dello spazio Schengen, veniva potenziata la cooperazione e il coordinamento tra i servizi di polizia e le autorità giudiziarie.

³⁹⁰ Insieme con la libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, è una delle quattro libertà fondamentali garantite dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

³⁹¹ Il Trattato CEE, ufficialmente il "Trattato che istituisce la Comunità economica europea" ha istituito appunto la CEE. È stato firmato il 25 marzo 1957 insieme al Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (Trattato EURATOM): insieme vengono chiamati "Trattati di Roma".

³⁹² Accordo tra i Governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, la Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica Francese sulla graduale abolizione dei controlli alle frontiere comuni, adottato il 14 giugno 1985, entrato in vigore il 15 giugno 1985

³⁹³ Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, la Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica Francese sulla graduale abolizione dei controlli alle frontiere comuni, adottata il 19 giugno 1990, entrata in vigore il 1 settembre 1995.

³⁹⁴ Più precisamente: Italia (1990); Spagna e Portogallo (1991); Grecia (1992); Austria (1995); Danimarca Finlandia e Svezia (1996); in seguito avrebbero aderito anche i nuovi Stati membri dell'Unione europea.

³⁹⁵ Gli Artt. 6 e 7 della Convenzione di attuazione invitavano gli Stati firmatari a considerare il controllo dei confini come una questione di «interesse comune» e a sviluppare standard operativi condivisi, ma nessun riferimento esplicito veniva fatto riguardo alla creazione di una polizia di frontiera comune.

Il Trattato di Maastricht del 1992³⁹⁶ ha poi introdotto il concetto di "cittadinanza europea"³⁹⁷, di cui ogni cittadino di uno Stato membro beneficia automaticamente³⁹⁸. È la cittadinanza europea a sancire il diritto delle persone di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri³⁹⁹. La base giuridica relativa alla libertà di circolazione è rappresentata dall' Art. 3 paragrafo 2 TUE⁴⁰⁰ e dall' Art. 21 TFUE⁴⁰¹. Le disposizioni in materia di libera circolazione delle persone sono attualmente stabilite dalla Direttiva 2004/38/CE⁴⁰² relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

La nuova direttiva ha abrogato una serie di altre direttive e ha raggruppato inoltre le frammentarie disposizioni sparse nel complesso *corpus* legislativo che viene integrato dalla giurisprudenza. La direttiva è concepita per incoraggiare i cittadini dell'Unione a esercitare il loro diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ridurre al minimo indispensabile le formalità amministrative, fornire una migliore definizione dello status di "familiare"⁴⁰³ e limitare le possibilità di rifiuto dell'ingresso o di estinzione del diritto di soggiorno.

La Direttiva 2004/38/CE è stata tuttavia costellata da problemi e polemiche, con prove evidenti di gravi carenze nell'attuazione e continui

³⁹⁶ Il Trattato di Maastricht, o Trattato dell'Unione europea [TUE], adottato il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1 novembre 1993. Il TUE fissa le regole politiche e i parametri economici necessari per l'ingresso dei vari Stati aderenti nell'Unione dallo stesso istituita.

³⁹⁷ TFUE, parte seconda, dal titolo «Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione».

³⁹⁸ Sulla cittadinanza europea, V. A. DEL VECCHIO, *La cittadinanza europea: atti del Convegno, Roma, 26 marzo 1998*, 1999, Milano.

³⁹⁹ Il trattato di Lisbona confermerà poi tale diritto, altresì incluso nelle disposizioni generali riguardanti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁴⁰⁰ «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». Art. 3 (2) TUE.

⁴⁰¹ «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi [...]». Art. 21 TFUE.

⁴⁰² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

⁴⁰³ La definizione di "familiare" include: il coniuge; il partner che abbia contratto un'unione registrata qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio; i discendenti diretti di età inferiore ai 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner registrato, e gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner registrato. Direttiva 2004/38/CE, Art. 2 (2).

ostacoli alla libera circolazione. Questa doveva infatti essere recepita nel diritto nazionale e attuata da tutti gli Stati membri entro il 30 aprile 2006. Il 10 dicembre 2008, la Commissione ha presentato una relazione sull'applicazione della direttiva al Consiglio e al Parlamento europeo, richiamando l'attenzione su una serie di gravi problemi nelle disposizioni di recepimento⁴⁰⁴ e, nel 2009, ha presentato una comunicazione sulle linee guida per un migliore recepimento e applicazione della direttiva⁴⁰⁵. Da allora, la Commissione ha avviato procedimenti di infrazione⁴⁰⁶ nei confronti di una serie di Stati membri per il recepimento scorretto o incompleto della direttiva, ma i problemi persistono, come attestato, ad esempio, dal notevole volume di petizioni presentate al Parlamento europeo sull'argomento e dal grande numero di cause dinanzi alla Corte di giustizia che analizzano alcune delle zone grigie della direttiva⁴⁰⁷.

Pur essendo largamente considerato come uno dei principali risultati conseguiti dall'Unione europea, negli ultimi tempi lo spazio Schengen è stato sottoposto a notevole pressione a causa dell'afflusso senza precedenti di rifugiati e migranti nell'Unione europea⁴⁰⁸. I grandi numeri dei nuovi arrivi hanno spinto, negli ultimi mesi, vari Stati membri a reintrodurre temporaneamente i controlli alle frontiere interne di Schengen, come previsto dal Codice frontiere Schengen⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Relazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, 10 dicembre 2008. COM (2008) 840 def.

⁴⁰⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio sulle linee guida per un migliore recepimento e una migliore applicazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, 2 luglio 2009. COM (2009) 313 def.

⁴⁰⁶ La procedura di infrazione è un procedimento a carattere giurisdizionale eventuale, disciplinato dagli Artt. 258 e 259 TFUE, volto a sanzionare gli Stati membri dell'Unione europea responsabili della violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario.

⁴⁰⁷ Tuttavia, non sono solo gli ostacoli alla libera circolazione che hanno scatenato polemiche, ma l'abuso percepito delle norme sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione a fini di "turismo sociale". Sebbene tutti gli elementi indicano un ridottissimo numero di migranti intra-UE che accedono alla sicurezza sociale in uno Stato membro diverso dal proprio, la questione è politicamente molto sentita e ha portato alcuni Stati membri a sollecitare una riforma della direttiva 2004/38/CE o dei trattati stessi.

⁴⁰⁸ Un'ulteriore sfida per lo spazio Schengen è costituita dalla rafforzata minaccia terroristica seguita agli attacchi di Parigi del novembre 2015 che hanno evidenziato quanto sia facile per terroristi indiziati o addirittura incriminati entrare e spostarsi nello spazio Schengen.

⁴⁰⁹ Regolamento (CE) n. 562/2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), Artt. 23-26.

Le sfide attuali evidenziano il legame indissolubile tra una ferma gestione delle frontiere esterne e la libera circolazione all'interno di tali frontiere.

3. LO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA E LA POLITICA COMUNE IN MATERIA D'IMMIGRAZIONE E ASILO

Già il Trattato di Maastricht indicava, fra gli obiettivi dell'Unione, lo sviluppo di una stretta collaborazione nel settore della giustizia e degli affari interni, dedicando il titolo VI⁴¹⁰ a questa cooperazione, che vedeva protagonisti e artefici gli Stati, con limitate competenze delle istituzioni comunitarie.

Con il Trattato di Amsterdam⁴¹¹ ebbe luogo la comunitarizzazione⁴¹² del settore giustizia e affari interni e l'introduzione di un nuovo titolo IV nel Trattato CE⁴¹³ dedicato a visti, asilo, immigrazione e «*altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*»⁴¹⁴.

Le discipline del Titolo VI TUE, del Titolo IV TCE, e degli artt. 2⁴¹⁵ e 29⁴¹⁶ TUE e 61 TCE⁴¹⁷ insieme concorrono alla conservazione e allo

⁴¹⁰ Artt. K – K 9.

⁴¹¹ Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, adottato il 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1 maggio 1999.

⁴¹² Con il termine comunitarizzazione si fa riferimento all'assorbimento in ambito comunitario di politiche in settori che prima erano svolte soltanto a livello di cooperazione tra i governi nazionali, con un coinvolgimento marginale delle istituzioni comunitarie. Con metodo comunitario le procedure cambiano radicalmente: sono definite le istituzioni comunitarie alle quali compete l'approvazione degli atti, la procedura di adozione degli stessi è compiutamente disciplinata dal Trattato CE, gli atti che possono essere adottati sono previsti dallo stesso trattato e la Corte di Giustizia è competente ad esercitare il proprio controllo giurisdizionale sulle disposizioni emanate. Tutte queste garanzie non sono invece presenti laddove si applicasse il precedente metodo intergovernativo, nell'ambito del quale i governi degli Stati membri sono i soli arbitri delle decisioni assunte.

⁴¹³ Artt. 61 – 69, TCE.

⁴¹⁴ La comunitarizzazione a seguito del Trattato di Amsterdam era tuttavia parziale, in quanto non comprendeva la cooperazione giudiziaria in materia penale e quella di polizia, che costituivano il terzo pilastro (art. 29 – 42 TUE), connotato dalla cooperazione intergovernativa. Sul tema, V. L. S. ROSSI, *Verso una parziale comunitarizzazione del terzo pilastro*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 229.

⁴¹⁵ Art. 2 (4) TUE «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

⁴¹⁶ L'Art. 29 TUE: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia».

⁴¹⁷ L'Art. 61 TCE, indica le misure da adottare nei settori “comunitarizzati” dal Trattato di Amsterdam «allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

sviluppo dell'Unione europea quale "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

L'obiettivo dello "spazio" perseguito dalle norme dei Trattati indica l'aspirazione di un'Unione fondata sul rispetto delle libertà e dei diritti degli individui, nella quale sia realizzata la loro sicurezza anche attraverso l'integrazione dei sistemi giudiziari degli Stati membri. L'istituzione di uno "spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia" era necessaria al fine di rendere effettiva la libera circolazione delle persone sul territorio dell'Unione europea e per lottare più efficacemente contro le forme gravi di criminalità.

La libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea costituisce uno degli aspetti principali dello "spazio" e, ciò, come già anticipato, richiedeva l'eliminazione dei controlli sulle persone all'atto di attraversamento delle frontiere interne senza distinzione tra cittadini comunitari e cittadini di Stati terzi⁴¹⁸. Dunque la nozione di spazio di libertà, sicurezza e giustizia e quella di controlli alle frontiere si integrano senza dar luogo a contraddizioni; anzi, nel disegno dell'Unione europea, nella nozione generale dello "spazio" rientrano le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo politico e all'immigrazione.

Lo "spazio" viene istituzionalizzato con il Trattato di Amsterdam che, come ricordato, "comunitarizza" l'asilo, l'immigrazione e la cooperazione giudiziaria in materia civile, mentre conserva nel "terzo pilastro"⁴¹⁹ la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Le materie relative alla giustizia e agli affari interni, sia del "primo"⁴²⁰ che del "terzo pilastro", restano comunque unite da un progetto comune: lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia.

⁴¹⁸ Lo "spazio" costituisce una evoluzione del concetto presente nell'Atto Unico Europeo (art. 13) di «*spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*».

⁴¹⁹ Con riferimento alla struttura dei pilastri introdotta dal Trattato di Maastricht, con l'espressione terzo pilastro si indica l'attuale cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Nell'originaria formulazione del Trattato di Maastricht (prima delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam) il terzo pilastro riguardava la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni. La caratteristica fondamentale del terzo pilastro è il metodo intergovernativo con cui vengono adottati gli atti, tutti peraltro scarsamente vincolanti ad eccezione delle convenzioni internazionali.

⁴²⁰ Il primo pilastro era costituito dalle tre Comunità già esistenti; a questo primo pilastro vanno ad aggiungersi gli altri due relativi alla politica estera e di sicurezza comune (PESC) e alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

La definizione di spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene meglio esplicitata nel Piano d'azione di Vienna sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴²¹. Nel Piano d'azione si fa riferimento all'interconnessione e al giusto equilibrio necessario tra i tre principi dello "spazio": ognuno dei tre principi non può essere pienamente realizzato senza gli altri due ed è strettamente connesso con la libera circolazione delle persone e alle politiche ad essa collegata.

Il piano d'azione, nella sua prima parte, definisce concretamente i tre valori per poter meglio indirizzare le scelte e le prospettive del legislatore comunitario. Per quanto riguarda il concetto di "spazio di libertà" si fa subito riferimento ad un obiettivo storico dei Trattati comunitari, quello della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione, come detto non scindibile dalle misure di accompagnamento collegate ai concetti di sicurezza e giustizia⁴²². Il concetto di libertà deve anche essere integrato dalla totalità dei diritti fondamentali dell'uomo, inclusa la protezione da qualsiasi forma di discriminazione⁴²³, . Un'altra libertà fondamentale che merita particolare tutela è il diritto al rispetto della vita privata e, in particolare, alla tutela dei dati a carattere personale⁴²⁴. Il concetto di "libertà" del Piano di azione, fa espressamente riferimento alle politiche di immigrazione e di asilo previste dal Trattato di Amsterdam, indicando come priorità l'obiettivo, da un lato, di combattere l'immigrazione illegale e, dall'altro, di garantire l'integrazione e i diritti dei cittadini di paesi terzi presenti legalmente nell'Unione, nonché il necessario aiuto alle persone bisognose di protezione, come i richiedenti asilo, i rifugiati e gli sfollati.

Per quanto riguarda il concetto di "spazio di sicurezza", esso si collega naturalmente al concetto di "libertà", in quanto non si può usufruire

⁴²¹ Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998 (1999/C 19/01), in GUCE n. C 019 del 23/01/1999.

⁴²² La base da cui partire viene individuata nelle misure degli Accordi di Schengen e in ciò che indica il Trattato di Amsterdam. Naturalmente il concetto di "libertà" ha un significato che va oltre la libera circolazione delle persone attraverso le frontiere interne e comprende la libertà di vivere in un contesto di legalità, dove le autorità pubbliche utilizzano tutti i mezzi in loro potere, a livello nazionale o anche a livello dell'Unione, per combattere e limitare l'azione di chi cerca di negare tale libertà o di abusarne.

⁴²³ Come previsto dagli artt. 12 e 13 del TCE e dall'art. 6 del TUE.

⁴²⁴ Diviene dunque indispensabile trovare il giusto equilibrio tra la pubblica sicurezza e la protezione della vita privata dei singoli.

appieno dei vantaggi offerti da uno spazio di libertà se non in uno spazio in cui cittadini possano sentirsi sicuri. L'obiettivo dichiarato è prevenire e reprimere, al livello appropriato, la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode mediante lo sviluppo di un'azione comune tra gli Stati membri nei settori della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale⁴²⁵.

Infine, per quanto riguarda il concetto di “spazio di giustizia”, il Piano d'azione premette di tenere conto delle sostanziali diversità dei sistemi giudiziari degli Stati membri. Lo scopo dell'azione comunitaria su questo punto è di infondere nei cittadini comunitari un sentimento comune di giustizia. Ciò comprende la possibilità di accedere alla giustizia e che gli Stati membri instaurino una piena cooperazione giudiziaria tra loro. Per realizzare uno spazio comune di giustizia, gli strumenti individuati dall'Unione sono: a) una cooperazione giudiziaria in materia civile, perché i cittadini che osservano la legge hanno il diritto di esigere che l'Unione semplifichi e faciliti il contesto giudiziario in cui vivono⁴²⁶; b) una cooperazione giudiziaria in materia penale necessaria sia tra Stati membri che con Paesi terzi, in particolare in vista di una più intensa cooperazione di polizia per far fronte a fenomeni quali la criminalità organizzata, attraverso una semplificazione delle procedure e, dove necessario, di armonizzazione delle normative⁴²⁷; c) norme procedurali che offrano ovunque le stesse garanzie, in modo da evitare ai cittadini disparità di trattamento in funzione del giudice che si occupa del loro caso⁴²⁸.

⁴²⁵ L'Unione europea attribuisce per questi compiti un ruolo centrale all'Ufficio europeo di polizia (Europol) come strumento per svolgere una indispensabile cooperazione europea nel tema della sicurezza mediante lo scambio di informazioni, il sostegno tecnico e operativo, l'analisi della minaccia e le relazioni sulla situazione.

⁴²⁶ Principi quali, la certezza del diritto e la parità di accesso alla giustizia, dovrebbero costituire un obiettivo essenziale che comporta una facile individuazione del giudice competente, una chiara indicazione del diritto applicabile, procedimenti rapidi ed equi nonché procedure di esecuzione efficaci.

⁴²⁷ Fenomeni come terrorismo, corruzione, tratta degli esseri umani e crimine organizzato devono costituire oggetto di norme minime comuni per quanto riguarda gli elementi costitutivi dei reati penali e dovrebbero essere perseguiti ovunque con lo stesso vigore.

⁴²⁸ In linea di massima questa funzione di fornire garanzie adeguate e comparabili si realizza già mediante le salvaguardie contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6) e delle libertà fondamentali nonché mediante l'interpretazione dinamica ad esse data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare per quanto attiene ai diritti della difesa nei procedimenti penali.

Alla realizzazione dello “spazio” ed in particolare ai temi dell’asilo e dell’immigrazione fu dedicato il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 che delineò un quadro generale di iniziativa per l’Unione. Le conclusioni adottate dal Consiglio europeo indicano una serie di obiettivi prioritari per la creazione e lo sviluppo dello “spazio”, affermando che «*il Consiglio europeo intende trasmettere un forte messaggio politico per riaffermare l'importanza di questo obiettivo e ha convenuto una serie di priorità e orientamenti programmatici grazie ai quali il suddetto spazio si realizzerà rapidamente. Il Consiglio europeo metterà questo obiettivo al primo posto dell'agenda politica e ve lo manterrà*»⁴²⁹.

Da questa breve analisi la nozione di spazio di libertà, sicurezza e giustizia che se ne ricava, risulta di notevole ampiezza ed è basata su una equivalenza dei tre valori che non si escludono a vicenda ma anzi vanno a costituire uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione con al centro gli interessi dei cittadini comunitari.

3.1 BREVI CENNI SULLA POLITICA COMUNE IN MATERIA DI ASILO

L'art. 78 TFUE⁴³⁰ riconosce alle istituzioni dell'Unione europea la facoltà di adottare misure in materia di asilo, protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volte a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi

⁴²⁹ Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, introduzione.

⁴³⁰ Art. 78 TFUE, «*L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti [...] il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa: a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di paesi terzi che, pur senza il beneficio dell'asilo europeo, necessitano di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio; d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea. Qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo*».

cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale⁴³¹. Tale facoltà è vincolata al rispetto della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato⁴³², nonché di ogni altro trattato pertinente e all'osservanza del principio di non respingimento prescritto dal diritto internazionale.

Le politiche adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, dovranno condurre alla creazione del sistema europeo di asilo fondato, tra l'altro, sulla definizione di uno status uniforme in materia di protezione sussidiaria per coloro che non possono beneficiare del diritto di asilo in ambito europeo, ma necessitano pur sempre di una protezione internazionale.

In materia, particolare importanza ai fini di questa trattazione rivestono le norme relative alla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo, contenute prima nella Convenzione di Dublino del 1990⁴³³, poi sostituita prima dal regolamento (CE) n. 343/2003 (Dublino II)⁴³⁴, abrogato poi dal regolamento (UE) n. 604/2013 (Dublino III)⁴³⁵.

Le disposizioni di quest'ultimo atto si propongono due obiettivi: a) evitare il fenomeno dei cosiddetti "rifugiati in orbita", cioè che i cittadini di Stati terzi richiedenti asilo siano costretti a passare da uno Stato dell'Unione all'altro, perché nessuno di questi si ritiene competente ad esaminare la domanda di asilo; e b) evitare il cd. "*asylum shopping*", ossia che lo straniero presenti più domande di asilo in diversi Stati dell'Unione approfittando di legislazioni nazionali più o meno favorevoli.

⁴³¹ Sulla normativa europea in materia di diritto di asilo, V. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra ai diritti dell'Unione europea*, 2012, Bari; G. CELLAMMARE, *Asilo e immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, 2003, Torino; B. MELIS, *Negotiating Europe's immigration frontiers*, 2001, The Hague; V. K. EISELE, *The External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies*, in E. GUILD – J. NIESSEN (eds.), *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, 2014, Leiden, Boston.

⁴³² Convenzione sullo status dei rifugiati, adottata il 28 luglio 1951 (13 gennaio 1967 il Protocollo), entrata in vigore il 22 aprile 1954 (4 ottobre 1967 il Protocollo).

⁴³³ Convenzione di Dublino sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità Europee, adottata il 15 giugno 1990, entrata in vigore il 1 settembre 1997. L'Italia l'ha ratificata con L. 23 dicembre 1992, n. 523.

⁴³⁴ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo.

⁴³⁵ Regolamento (UE) n. 604/2013, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

Il regolamento elenca una serie di criteri⁴³⁶, posti rigorosamente in ordine gerarchico, per determinare lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo. Il criterio principe è quello del "primo ingresso", in base al quale lo Stato competente a ricevere la domanda di asilo è quello in cui il migrante effettua il primo ingresso irregolare nel territorio dell'Unione⁴³⁷. Lo Stato determinato come competente in base al regolamento in questione sarà anche obbligato a provvedere all'accoglienza dei richiedenti asilo⁴³⁸.

Relativamente all'attribuzione della qualifica di "rifugiato"⁴³⁹, la direttiva 2011/95/CE mira ad assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri⁴⁴⁰.

A seguito dell'afflusso incontrollato e su larga scala di migranti e richiedenti asilo degli ultimi anni, la Commissione, nell'aprile 2016, ha avviato un processo di riforma del sistema (CEAS)⁴⁴¹ in cinque aree prioritarie: (i) l'istituzione di un sistema di Dublino sostenibile ed equo per determinare lo Stato membro competente; (ii) la riduzione del cosiddetto "*asylum shopping*"; (iii) la prevenzione dei movimenti secondari all'interno dell'UE; (iv) la modifica del mandato per l'Agenzia per l'asilo dell'UE⁴⁴²; e (v) il rafforzamento del sistema Eurodac⁴⁴³.

⁴³⁶ Regolamento (UE) n. 604/2013, art. 7 ss.

⁴³⁷ Per questo il regolamento in questione è stato pesantemente criticato in quanto va a creare un sistema iniquo in base al quale sono gli Stati della frontiera europea (in particolar modo mediterranea) a dover sopportare l'accoglienza dei richiedenti asilo. Il diverso trattamento riservato ai richiedenti asilo nei diversi Stati membri ha ulteriormente aggravato il problema dei movimenti secondari irregolari.

⁴³⁸ Sull'accoglienza dei richiedenti asilo, è entrato in vigore dal luglio 2015 la direttiva 2013/33/UE. Il provvedimento persegue obiettivi quali quello di garantire un livello di vita dignitoso a coloro che richiedono asilo e, soprattutto, omogeneo in tutti gli Stati membri. Per approfondire, V. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012, Bari.

⁴³⁹ Rifugiati sono, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951, coloro che, temendo di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le loro convinzioni politiche, si trovano fuori dal paese di cui sono cittadini e non possono e non vogliono, a causa di questo timore, avvalersi della sua protezione.

⁴⁴⁰ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta. Per approfondire, V. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012, Bari.

⁴⁴¹ Acronimo dell'inglese *Common European Asylum System*.

⁴⁴² Regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo per rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri in questo settore e aiutarli a far fronte alle situazioni di crisi.

⁴⁴³ . Regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'"Eurodac" per il

3.2 BREVI CENNI SULLA POLITICA COMUNE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

L'art. 79 TFUE⁴⁴⁴ stabilisce che l'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione tesa ad assicurare la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri, nonché la prevenzione e il contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta di esseri umani.

Tra le misure adottate in materia di immigrazione vi è la direttiva 2001/40/CE⁴⁴⁵ relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini dei paesi terzi, che scaturisce dall'esigenza di assicurare un maggior controllo dei flussi migratori e, in particolare, di quelli clandestini⁴⁴⁶.

Sempre in materia di immigrazione clandestina, la direttiva 2008/115/CE⁴⁴⁷ stabilisce norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della convenzione di Dublino.

⁴⁴⁴ Art. 79 TFUE, «L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani. [...] il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; d) lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori. [...] Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

⁴⁴⁵ Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi.

⁴⁴⁶ A tale fine il provvedimento garantisce il riconoscimento di una decisione di espulsione adottata da uno Stato membro (autore) nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo che si trovi sul territorio di un altro Stato membro (esecutore). Le decisioni di allontanamento sottoposte al reciproco riconoscimento sono quelle per (i) minaccia grave e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale; e (ii) mancato rispetto delle normative nazionali relative all'ingresso o al soggiorno degli stranieri.

⁴⁴⁷ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Tale riguarda l'allontanamento dal loro territorio di cittadini non comunitari il cui soggiorno è irregolare. La direttiva fissa disposizioni per porre fine ai soggiorni irregolari, per trattenere i cittadini non comunitari in attesa del loro allontanamento, nonché garanzie procedurali.

Occorre inoltre ricordare la direttiva 2004/114/CE⁴⁴⁸ sulla definizione delle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi che si rechino nel territorio degli Stati membri, per un periodo superiore a tre mesi, per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, e le norme sulle procedure per l'ammissione dei cittadini di paesi terzi nel territorio degli Stati membri a tali fini.

L'art. 79 (3) TFUE⁴⁴⁹ attribuisce all'Unione la competenza a concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di stranieri che non soddisfino più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri. rimane invece, ai sensi dell'art. 79 (5) TFUE⁴⁵⁰, agli Stati membri la competenza per la determinazione dei limiti numerici all'ingresso di lavoratori provenienti da Stati terzi⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Direttiva 2004/114/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato.

⁴⁴⁹ Art. 78 (3) TFUE, «L'Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri».

⁴⁵⁰ Art. 78 (5) TFUE, «Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo».

⁴⁵¹ Per approfondimenti sulla politica comune in materia di immigrazione, V. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli; B. MELIS, *Negotiating Europe's immigration frontiers*, 2001, The Hague; G. CELLAMMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, 2006, Torino; V. K. EISELE, *The External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies*, in E. GUILD – J. NIESSEN (eds.), *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, 2014, Leiden, Boston.

4. LA DISCIPLINA EUROPEA SUL TRAFFICO E SULLA TRATTA

Come considerato in precedenza, in Europa le preoccupazioni riguardo il traffico di persone si sono manifestate solamente verso la fine degli anni ottanta, con il collasso dell'Unione Sovietica e la riunificazione tedesca. Da tale momento il tema dell'immigrazione irregolare è divenuto centrale nell'agenda dei leader europei. Infatti, il movimento di forza lavoro verso la Comunità ha chiaramente influenzato la forma e la sostanza di due fondamentali convenzioni europee: l'Accordo di Schengen, firmato nel 1985 da Germania, Francia e i paesi Benelux,⁴⁵² e l'Atto Unico Europeo del 1987⁴⁵³.

4.1 LA DISCIPLINA EUROPEA SUL TRAFFICO DI MIGRANTI

L'art. 27 della Convenzione di Schengen (applicativa dell'Accordo) affronta il tema del favoreggiamento dell'immigrazione illegale (il traffico di migranti) richiedendo agli Stati di «*stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri*»⁴⁵⁴. Inoltre, veniva stabilito che qualora una Parte contraente fosse stata informata di fatti lesivi della legislazione di un'altra Parte contraente, essa ne avrebbe dovuto informare quest'ultima⁴⁵⁵. Inoltre, qualora una Parte contraente la cui legislazione era stata violata avesse chiesto ad un'altra Parte contraente di perseguire i fatti di favoreggiamento all'immigrazione clandestina, avrebbe dovuto indicare,

⁴⁵² Accordo per la graduale abolizione dei controlli alle frontiere ai confini comuni, firmato il 14 giugno 1985, entrato in vigore il 15 giugno 1985.

⁴⁵³ Atto Unico Europeo, firmato il 17 febbraio 1986, entrato in vigore il 1 luglio 1987.

⁴⁵⁴ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, art. 27 (1).

⁴⁵⁵ *Ibidem*, art. 27 (2).

mediante denuncia ufficiale o attestazione delle autorità competenti, le disposizioni legislative violate⁴⁵⁶.

Durante gli anni successivi, il tema della “migrazione incontrollata” divenne sempre più centrale nelle istituzioni europee e nel 1993 venne fatto il primo riferimento ufficiale al fenomeno del “traffico di migranti”⁴⁵⁷.

In seguito, l'art. 27 della Convenzione di Schengen venne sostituito ed esteso da due strumenti legislativi entrambi datati novembre 2002: la Direttiva del Consiglio 2002/90/CE sulla definizione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁴⁵⁸ e la Decisione quadro del Consiglio 2002/946 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁴⁵⁹. Un terzo strumento è la Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti⁴⁶⁰.

Iniziando l'analisi dalla direttiva 2002/90, è possibile considerare che il suo principale scopo sia quello di fornire una definizione comune per il “favoreggiamento dell'immigrazione clandestina”⁴⁶¹. La disposizione centrale della direttiva richiede a ciascuno Stato membro di adottare sanzioni appropriate «*nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una*

⁴⁵⁶ *Ibidem*, art. 27 (3).

⁴⁵⁷ Consiglio d'Europa, "Testi adottati alla conferenza europea sulla migrazione incontrollata", quinta conferenza dei Ministri europei responsabili per l'immigrazione, Atene, 18-19 novembre 1993, Raccomandazione I (a).

⁴⁵⁸ Direttiva del Consiglio 2002/90/CE, del 28 novembre 2002, volta a il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali. [Direttiva 2002/90]. Ai sensi dell' art. 288 del Trattato sull'Unione Europea «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti.

⁴⁵⁹ 2002/946/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali [Decisione Quadro 2002/946/GAI]. L'adozione di una decisione quadro impone un' obbligo in capo agli Stati Membri dell'Unione Europea e agli stati candidati di fare in modo che il proprio diritto domestico sia conforme alla sostanza della decisione.

⁴⁶⁰ Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti [Direttiva 2004/81].

⁴⁶¹ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, Considerando 4.

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» e «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri»⁴⁶². Tuttavia, a ciascuno Stato membro viene lasciata la facoltà di non adottare sanzioni qualora le condotte di facilitazione «abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata»⁴⁶³. La direttiva è più stringente rispetto alla Convenzione di Schengen, richiedendo agli Stati di adottare sanzioni anche nei casi in cui non vi sia un "vantaggio economico". La Direttiva viene completata dalla Decisione quadro 2002/946/GAI, adottata lo stesso giorno, che stabilisce le regole minime applicabili agli Stati membri per quanto concerne le sanzioni, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale per gli illeciti relativi al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. La decisione quadro va ben oltre il breve riferimento alle "sanzioni appropriate" dell'art. 27 della Convenzione di Schengen. Le disposizioni centrali della Decisione quadro sono:

- ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della direttiva 2002/90/CE⁴⁶⁴ siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione⁴⁶⁵;
- Se del caso, le sanzioni penali di cui all'art. 1 possono essere accompagnate dalla confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, dal divieto di esercitare direttamente o per interposta

⁴⁶² Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, art. 1 (1). L'art. 2 poi estende tali obblighi all'istigazione, al concorso e al tentativo.

⁴⁶³ Così come previsto dall'Art. 6 (1) del Protocollo sul traffico.

⁴⁶⁴ Il favoreggiamento dell'ingresso o del soggiorno illegali. Includendo l'istigazione, il concorso e il tentativo.

⁴⁶⁵ Decisione Quadro 2002/946/GAI, art. 1(1).

persona l'attività professionale esercitata in occasione della commissione del reato e dall'espulsione⁴⁶⁶;

- Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti, se perpetrati a scopo di lucro, siano passibili di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a 8 anni, quando sono commessi (i) da un'organizzazione criminale⁴⁶⁷ o (ii) mettendo in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime⁴⁶⁸;

- Ciascuno Stato membro si assicura che le persone giuridiche, sotto certe condizioni, possano essere ritenute penalmente responsabili per gli illeciti considerati⁴⁶⁹.

La decisione quadro stabilisce anche i criteri sulla giurisdizione. Ciascuno stato membro è tenuto a stabilire la propria giurisdizione sulle condotte di reato commesse in tutto o in parte sul suo territorio⁴⁷⁰. Inoltre, uno Stato membro può stabilire la propria giurisdizione sul condotte di traffico di migranti commesse da parte di un suo cittadino o per il vantaggio di una persona giuridica registrata nello Stato.⁴⁷¹ Il principio “estradatare o processare” si applicherà invece nei casi in cui vi sia un cittadino di uno Stato membro coinvolto nella commissione del reato al di fuori del territorio dello Stato⁴⁷².

La clausola di salvaguardia stabilisce poi che *«l'applicazione della presente decisione quadro non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati, modificata dal protocollo di New*

⁴⁶⁶ *Ibidem*, Art. 1(2).

⁴⁶⁷ Come definita nell'azione comune 98/733/GAI(8): «per organizzazione criminale si intende l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità».

⁴⁶⁸ Decisione Quadro 2002/946/GAI, Art. 1(3).

⁴⁶⁹ *Ibidem*, Artt. 2 e 3.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, Art. 4(1).

⁴⁷¹ *Ibidem*, Art. 4(1)(b)-(c), 4(2).

⁴⁷² *Ibidem*, Art. 5.

*York del 1967»*⁴⁷³.

L'incerta formulazione di tale clausola fa sì che non vengano specificati gli obblighi nei confronti dei migranti oggetto del traffico che non siano né rifugiati né richiedenti asilo.

Ad ogni modo, gli Stati membri erano tenuti a recepire nell'ordinamento nazionale sia la direttiva che la decisione quadro entro il 5 dicembre 2004⁴⁷⁴, momento in cui l'art. 27 (1) della Convenzione di Schengen sarebbe stato abrogato⁴⁷⁵. Sia la direttiva che la decisione quadro rimangono tutt'oggi in vigore nonostante le modifiche alla struttura dell'Unione europea avvenute negli ultimi anni. A partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴⁷⁶, la direttiva è soggetta alla competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁷⁷, mentre la decisione quadro lo è divenuta a partire dal 1 dicembre 2014. Tuttavia, la Commissione europea ha chiaramente manifestato l'intento di fondere la direttiva e la decisione quadro in un unico strumento nel prossimo futuro⁴⁷⁸. Scarse sono invece le informazioni ufficiali sull'applicazione dei due strumenti legislativi, essendo limitate ad un report del 2006 concernente solo l'operatività della decisione quadro⁴⁷⁹.

È pertanto possibile comparare le disposizioni dei due testi normativi Ue e quelle del Protocollo sul traffico di migranti al fine di qualificare la portata innovatrice degli strumenti europei. Sebbene le disposizioni sulle sanzioni previste dalla Decisione quadro siano molto più dettagliate rispetto a quelle del Protocollo, in generale i testi europei

⁴⁷³ *Ibidem*, art. 6.

⁴⁷⁴ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, art. 4 (1), Decisione Quadro del Consiglio 2002/946/GAI, art. 9.

⁴⁷⁵ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, art. 5, Decisione Quadro del Consiglio 2002/946/GAI, art. 10.

⁴⁷⁶ Trattato di Lisbona, adottato il 13 dicembre 2007. Le principali modifiche apportate dal Trattato di Lisbona sono: (i) la riforma delle istituzioni e il miglioramento del processo decisionale dell'Ue; (ii) il rafforzamento della dimensione democratica dell'Ue; (iii) la riforma delle politiche interne dell'Ue; e (iv) il rafforzamento della politica esterna dell'Ue.

⁴⁷⁷ La Corte di giustizia dell'Unione europea interpreta il diritto dell'UE per garantire che sia applicato allo stesso modo in un tutti gli Stati membri e dirime le controversie giuridiche tra governi nazionali e istituzioni dell'UE. Può essere adita, in talune circostanze, anche da singoli cittadini, imprese o organizzazioni allo scopo di intraprendere un'azione legale contro un'istituzione dell'UE qualora ritengano che abbia in qualche modo violato i loro diritti. La sede è a Lussemburgo. [CGUE].

⁴⁷⁸ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge. pag. 91.

⁴⁷⁹ Commissione delle Comunità europee, Report della Commissione basato sull' art. 9 della decisione quadro del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

incorporano le norme del Protocollo piuttosto che rinforzarle⁴⁸⁰.

Ad ogni modo, si possono identificare alcuni punti chiave di differenza tra i due strumenti:

- Il Protocollo dà una chiara definizione di «traffico di migranti» che include in maniera chiara il requisito del profitto. La decisione quadro e la direttiva invece, oltre a non definire precisamente la condotta, non includono alcun riferimento al profitto. Sono quindi dirette ad ogni persona che aiuti l'immigrazione irregolare.

- Le disposizioni sulla criminalizzazione contenute nel Protocollo sono molto più dettagliate ed esplicite rispetto a quelle della direttiva.

- La clausola di salvaguardia contenuta nel Protocollo è molto più comprensiva rispetto a quella dell'art. 6 della decisione quadro, riferendosi non solo al diritto internazionale dei rifugiati, ma anche al diritto internazionale dei diritti umani.

- Il Protocollo stabilisce chiaramente che i migranti oggetto del traffico non possono essere soggetti all'azione penale per tale fatto. Non risulta presente alcuna previsione di tale tipo invece nella direttiva o nella decisione quadro⁴⁸¹.

È stato inoltre argomentato che gli strumenti europei non prendono a debita considerazione la distinzione tra il «traffico di migranti» e la «tratta di persone». Tuttavia, tale considerazione non è da avvalorare in quanto, sempre nel 2002, venne adottata una decisione quadro relativa alla tratta⁴⁸².

Per concludere l'analisi degli strumenti europei relativi al traffico di migranti, è importante considerare anche la Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti⁴⁸³. L'impulso all'emanazione di uno strumento di questo

⁴⁸⁰ PEERS et al., *EU Immigration and Asylum Law*, Leiden, Boston, 2012, pag. 300.

⁴⁸¹ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge. pag. 92.

⁴⁸² Decisione quadro del Consiglio del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta di esseri umani.

⁴⁸³ Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai

genere derivò dalla presa di coscienza delle difficoltà connesse con l'ottenimento di informazioni (e di cooperazione in generale) da parte delle vittime del traffico o della tratta, considerato il timore che questi nutrono per la loro incolumità a causa delle potenziali minacce dei trafficanti. La direttiva sceglie di indicare uno «standard minimo» applicabile in tutto il territorio dell'Unione Europea, peraltro in parte già in forza in alcuni Stati membri⁴⁸⁴.

Viene prevista una diversa applicabilità soggettiva: la direttiva si applica automaticamente a tutti i cittadini di paesi terzi che sono o sono stati vittime della tratta di esseri umani, anche se entrati illegalmente nel territorio degli Stati membri⁴⁸⁵; non si applica invece direttamente ai migranti oggetto del traffico, essendo stabilito che sono gli Stati membri a mantenere la discrezionalità sull'applicazione della direttiva anche a quest'ultimi⁴⁸⁶.

Nel 2010, un report dell'Unione accertò che nove Stati membri avevano esteso il campo di applicazione della direttiva in tale senso⁴⁸⁷. Viene stabilito che, quando le autorità competenti degli Stati membri ritengono che un cittadino di un paese terzo possa rientrare nel campo di applicazione della presente direttiva, queste lo informino delle possibilità di rilascio di titoli di soggiorno temporanei in cambio di cooperazione⁴⁸⁸. A tali soggetti deve essere comunque assicurato un periodo di riflessione al fine di sottrarsi all'influenza dei sospettati e decidere in maniera informata se cooperare o meno con le autorità. Durante tale periodo, tali soggetti non possono essere espulsi ed hanno diritto ad assistenza linguistica, legale, psicologica e sanitaria⁴⁸⁹. Il periodo di riflessione può essere revocato dalle autorità competenti qualora venga accertato che l'interessato ha volontariamente ripreso contatti con i sospettati oppure per motivi attinenti

cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti. Si applica a tutti gli Stati membri eccetto Regno Unito, Danimarca e Irlanda.

⁴⁸⁴ Belgio (1994); Italia (1998); Olanda (2000); Spagna (2000); Francia (2002); e Grecia (2002).

⁴⁸⁵ Direttiva del Consiglio sui titoli di soggiorno, art. 3 (1).

⁴⁸⁶ *Ibidem*, art. 3 (2).

⁴⁸⁷ Report della Commissione, del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'applicazione della direttiva 2004/81. 15 ottobre 2010.

⁴⁸⁸ Direttiva del Consiglio sui titoli di soggiorno, art. 5.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, art. 7.

alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico⁴⁹⁰.

Il titolo di soggiorno temporaneo può essere emesso durante tale periodo o alla fine dello stesso sulla base di determinazioni discrezionali delle autorità competenti dei vari Stati membri⁴⁹¹.

Tuttavia, data l'automatica applicabilità della presente direttiva alle sole vittime della tratta, non sorprende che il numero dei permessi rilasciati ai migranti oggetto del traffico sia molto minore rispetto a quelli rilasciati nei confronti delle vittime della tratta⁴⁹².

4.2 LA DISCIPLINA EUROPEA SULLA TRATTA DI ESSERI UMANI

La tratta di esseri umani viene espressamente proibita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁹³. La direttiva 2011/36/UE⁴⁹⁴, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, si inserisce nell'azione a livello comunitario contro la tratta di esseri umani. La nuova disciplina, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI⁴⁹⁵, prevede norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, nonché disposizioni volte a rafforzare notevolmente la prevenzione di tale reato e la protezione delle vittime, in particolare minori. Per quanto riguarda la persecuzione dei trafficanti, la direttiva 2011/36 stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni.

La Direttiva utilizza la definizione di tratta stabilita nel Protocollo addizionale⁴⁹⁶ e determina pene massime di almeno 5 anni⁴⁹⁷ in difetto di aggravanti, e di almeno 10 anni laddove il reato: i) sia stato commesso nei

⁴⁹⁰ *Ibidem*, art. 6.

⁴⁹¹ *Ibidem*, art. 8.

⁴⁹² Direttiva del Consiglio sui titoli di soggiorno: Report della Commissione Europea, parte 6.

⁴⁹³ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 5.

⁴⁹⁴ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI [Direttiva 2011/36].

⁴⁹⁵ 2002/629/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani [Decisione Quadro 2002/629].

⁴⁹⁶ Protocollo sulla tratta di esseri umani, art. 3.

⁴⁹⁷ la Decisione Quadro 2002/629 non prevedeva alcuna soglia.

confronti di una vittima particolarmente vulnerabile, compresi i minori; ii) sia stato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale; iii) abbia messo in pericolo la vita della vittima intenzionalmente o per colpa grave; iv) sia stato commesso ricorrendo a violenze gravi o abbia causato alla vittima un pregiudizio particolarmente grave. Lo stesso articolo prevede poi la punibilità con pene effettive, proporzionate e dissuasive dei reati di istigazione, favoreggiamento e concorso o tentativo nella commissione dei reati di tratta⁴⁹⁸.

Vengono inoltre definite disposizioni specifiche (analoghe a quelle della Decisione Quadro 2002/629) riguardanti la responsabilità le persone giuridiche per i reati di tratta di esseri umani e le pene ad esse applicabili⁴⁹⁹. Nuova è invece la previsione che prevede l'adozione del sequestro e della confisca degli strumenti e dei proventi del reato di tratta⁵⁰⁰. Sotto il profilo procedurale, la Direttiva prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie per garantire la non perseguibilità dei reati che le vittime della tratta siano costretti a compiere come conseguenza diretta della tratta stessa⁵⁰¹.

Si prevede poi che gli Stati stabiliscano la propria giurisdizione per i reati di tratta quando il reato venga commesso interamente o parzialmente sul proprio territorio oppure quando l'autore del reato è un cittadino dello Stato in questione⁵⁰². Differentemente rispetto alla Decisione Quadro 2002/629, viene ammessa la possibilità di stabilire la giurisdizione in casi ulteriori, pur se di tale estensione deve essere informata la Commissione Europea⁵⁰³.

Riguardo alla protezione delle vittime, la Direttiva prevede misure di assistenza e sostegno da parte degli Stati membri non appena le autorità competenti abbiano un ragionevole motivo di ritenere che esse siano state oggetto della tratta. Tali misure non sono soggette alla volontà del soggetto

⁴⁹⁸ Direttiva 2011/36/UE, art. 4.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, art. 5.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, art. 7.

⁵⁰¹ *Ibidem*, art. 8.

⁵⁰² *Ibidem*, art. 10 (1).

⁵⁰³ La Commissione europea è il braccio esecutivo politicamente indipendente dell'UE. È l'unico organo cui compete redigere le proposte di nuovi atti legislativi europei. Inoltre, attua le decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio dell'UE.

di collaborare nelle indagini penali o nel procedimento giudiziario e prevedono standard di vita in grado di garantire la sussistenza delle vittime, fornendo loro un alloggio adeguato e sicuro e assistenza , materiale, nonché le cure mediche necessarie⁵⁰⁴. Viene previsto, inoltre, che le vittime della tratta abbiano accesso senza indugio alla consulenza e all'assistenza legale, in maniera gratuita qualora esse non dispongano di risorse finanziarie sufficienti⁵⁰⁵.

Vengono adottate anche misure aggiuntive riguardanti l'assistenza, il sostegno e la tutela dei minori⁵⁰⁶. Si prevede in particolare che possa essere concesso un permesso di soggiorno per motivi umanitari alla vittima della tratta anche indipendentemente dalla sua collaborazione con la giustizia, innovando le disposizioni della direttiva 2004/81⁵⁰⁷ sul tema. Una specifica disposizione riguarda poi il diritto delle vittime della tratta all'accesso ai vigenti sistemi di risarcimento delle vittime di reati dolosi violenti⁵⁰⁸.

Per quanto invece riguarda le disposizioni relative alla prevenzione, la Direttiva 2011/36, oltre a prevedere campagne di sensibilizzazione e di istruzione per scoraggiare e ridurre la domanda, promuove la possibilità di adottare misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto del sfruttamento, prestati da una persona che è vittima del reato di tratta di esseri umani⁵⁰⁹.

Un ulteriore strumento legislativo europeo applicabile alle vittime della tratta di esseri umani è la Direttiva 2012/29/UE⁵¹⁰, la quale istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione sostituendo la

⁵⁰⁴ Direttiva 2011/36/UE, art. 11.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, art. 12.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, artt. 13, 14, 15, 16.

⁵⁰⁷ La direttiva 2004/81, come visto, si applica ai cittadini di paesi terzi indipendentemente dal loro ingresso illegale nell'Unione Europea. Ai cittadini dei paesi terzi viene concesso un periodo di riflessione per consentire loro di sottrarsi all'influenza degli autori dei reati. Questo permette loro di decidere consapevolmente sull'opportunità di collaborare con le autorità inquirenti. Le autorità competenti devono valutare se: i) la presenza della vittima può aiutare le indagini; ii) la vittima ha mostrato una chiara volontà di collaborare; iii) la vittima ha rotto ogni legame con i presunti autori dei reati indicati. Qualora siano soddisfatte tali condizioni, verrà rilasciato un titolo di soggiorno temporaneo rinnovabile valido almeno sei mesi. Il titolo può essere rinnovato se le relative condizioni continuano ad essere soddisfatte.

⁵⁰⁸ Direttiva 2011/36, art. 17.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, art. 18.

⁵¹⁰ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI [Direttiva 2012/629].

decisione quadro 2001/220/GAI⁵¹¹. La nuova Direttiva assicura innova i diritti delle vittime della tratta, indicati in maniera meramente generale dalla Direttiva 2011/36. Lo scopo della Direttiva 2012/29, è quello di «*garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali*»⁵¹².

Le principali novità rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI risultano essere in primo luogo l'ampliamento della nozione di «vittima». Nell'ambito della Decisione Quadro, per «vittima» si intendeva «*la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro*»⁵¹³. La nuova direttiva definisce invece «vittima» sia come «*una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato*», che «*un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona*»⁵¹⁴.

Per quanto invece riguarda il novero dei diritti garantiti alle vittime così definite, questo non solo è stato ampliato dal punto di vista quantitativo, ma è anche qualitativamente diverso. Più precisamente, la Direttiva 2012/629 individua in modo puntuale i diritti che devono essere garantiti alle vittime⁵¹⁵, nonché il contenuto minimo degli stessi. In questo modo, agli Stati membri viene lasciato un margine di discrezionalità

⁵¹¹ Decisione Quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla protezione della vittima nel procedimento penale [Decisione Quadro 2001/220].

⁵¹² Direttiva 2012/629, art. 1 (1).

⁵¹³ Decisione Quadro 2001/220, art. 1 (a).

⁵¹⁴ Direttiva 2012/629, art. 2 (1) (a) (i) - (ii).

⁵¹⁵ Segnatamente: il diritto di comprendere e di essere compresi (art. 3); il diritto di ottenere informazioni fin dal primo contatto con un'autorità competente (art. 4); i diritti al momento della denuncia (art. 5); il diritto di ottenere informazioni sul proprio caso (art. 6); il diritto all'interpretazione e alla traduzione (art. 7); il diritto di accesso all'assistenza alle vittime (art. 8); il diritto di essere sentiti (art. 10); i diritti in caso di decisione di non esercitare l'azione penale (art. 11); il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa (art. 12); il diritto al patrocinio a spese dello Stato (art. 13); il diritto al rimborso delle spese (art. 14); il diritto alla restituzione dei beni (art. 15); il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale (art. 16); il diritto alla protezione (art. 18); il diritto all'assenza di contatti fra la vittima e l'autore del reato (art. 19); il diritto delle vittime alla protezione durante le indagini penali (art. 20); il diritto alla protezione della vita privata (art. 21); il diritto alla protezione delle vittime con esigenze specifiche di protezione (art. 23); il diritto dei minori di beneficiare di protezione durante il procedimento penale (art. 24).

notevolmente minore rispetto a quello ad essi riservato dalla decisione quadro, che conteneva indicazioni molto più ampie ed elastiche.

È infine importante ricordare la Direttiva 2004/80 sul risarcimento alle vittime di reati⁵¹⁶. Con l'entrata in vigore di tale strumento, viene stabilito un sistema di risarcimento per le vittime di reati intenzionali e violenti indipendentemente dallo Stato di residenza della vittima e dello Stato membro in cui è stato commesso il reato.

Tra le altre azioni intraprese dalla Commissione Europea volte al contrasto della tratta di esseri umani è, da ultimo, importante menzionare l'istituzione, nel marzo 2011, del coordinatore europeo anti-tratta. Tale figura provvede a stilare documenti strategici, ad assicurare una pianificazione coerente e coordinata e a monitorare l'applicazione della strategia europea.

⁵¹⁶ Direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato [Direttiva 2004/80].

5. FRONTEX E LA GESTIONE INTEGRATA DELLE FRONTIERE ESTERNE

Come ricordato, nell'ambito degli sforzi portati avanti dall'Unione europea ai fini della costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, notevole enfasi è stata data al concetto di “gestione integrata delle frontiere”⁵¹⁷, intesa come gestione partecipata del confine esterno, in funzione della prevenzione degli ingressi illegali e della minimizzazione dei fattori di rischio legati ai movimenti di popolazione diretti verso l'area Schengen⁵¹⁸.

Difatti, l'instaurazione di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne rappresenta la necessaria conseguenza dell'eliminazione dei controlli alle frontiere interne, su cui poggia l'*acquis* di Schengen⁵¹⁹.

L'attuazione della gestione integrata presuppone la cooperazione con i paesi terzi di transito e di origine dei flussi, cui sono state delegate responsabilità crescenti⁵²⁰ in virtù della logica dell'approccio preventivo⁵²¹.

A tali fini risponde l'istituzione di Frontex, l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

La sua istituzione, il suo mandato e l'estensione delle sue funzioni sono la cartina di tornasole della politica migratoria europea⁵²².

⁵¹⁷ L'opportunità di una gestione integrata delle frontiere esterne è stata sottolineata dalla Commissione europea, comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo del 7 maggio 2002, COM (2002)233 def., *Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*, pag. 12, dove venivano individuati, quali componenti essenziali di una politica diretta in tal senso, un *corpus* legislativo comune, strumenti di cooperazione operativa e di *burden sharing*. Tale concetto ha poi trovato sanzione nelle conclusioni del Consiglio europeo dell'Aia dell'8 dicembre 2004, 14292/1/04 REV 1, para. II. 14 – III. 1. 7. 1, che hanno tracciato le linee guida per la realizzazione della seconda fase di sviluppo del diritto derivato dell'Unione in materia di protezione internazionale e di contrasto all'immigrazione irregolare.

⁵¹⁸ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 163.

⁵¹⁹ A partire dal trattato di Lisbona, come visto, tale relazione ha trovato sanzione nel diritto primario, tanto nell'Art. 3 (2) TUE quanto nell' Art. 77 (1) TFUE.

⁵²⁰ Il pre-screening dei flussi migratori diretti in Europa, il supporto tecnico-operativo nelle operazioni di interdizione e le altre forme di cooperazione richieste agli Stati terzi sono state spesso ottenute in cambio di assistenza allo sviluppo.

⁵²¹ Si segnala che in merito alla supposta efficacia delle politiche di prevenzione dell'immigrazione irregolare sono stati avanzati dubbi. V. A. BALDACCINI, *Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea*, in B. RYAN – V. MITSILEGAS (eds.), 2010, Leiden, pag. 229 ss.

⁵²² D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 164.

Frontex è stata istituita dal regolamento (CE) n. 2007 del Consiglio del 26 ottobre 2004⁵²³. L'Agenzia è operativa dall'ottobre 2005 con sede a Varsavia⁵²⁴.

Frontex è un organismo specializzato, dotato di personalità giuridica e di autonomia decisionale sulle questioni tecniche⁵²⁵, creato per «migliorare il coordinamento della cooperazione operativa tra gli Stati membri nel settore della gestione delle frontiere esterne»⁵²⁶ e promuovere la solidarietà tra gli Stessi in tale ambito⁵²⁷, contribuendo, in tale modo, alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

A tali fini, i compiti di Frontex sono:

- i) coordinare la cooperazione operativa tra gli Stati membri nella gestione delle frontiere;
- ii) assistere gli Stati membri in materia di formazione del corpo nazionale delle guardie di confine, anche per quanto riguarda la definizione degli standard comuni di formazione;
- iii) effettuare analisi dei rischi (da sottoporre poi al Consiglio e alla Commissione);
- iv) seguire gli sviluppi della ricerca pertinenti al controllo e alla sorveglianza delle frontiere esterne (trasmettendone i risultati alla Commissione e agli Stati membri);
- v) aiutare gli Stati membri in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa alle frontiere esterne; e
- vi) offrire agli Stati membri il supporto necessario per l'organizzazione di operazioni di rimpatrio congiunte⁵²⁸.

La base giuridica del regolamento istitutivo di Frontex è costituita dagli articoli 74 e 77 (2) (b) e (d) del TFUE, già articoli 66 e 62 (2) (a) del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE).

⁵²³ Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea [nel prosieguo: regolamento istitutivo di Frontex; il richiamo agli articoli da intendersi riferito alla versione consolidate].

⁵²⁴ Decisione 2005/358/CE del Consiglio, del 26 aprile 2005, relative alla designazione della sede dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

⁵²⁵ Regolamento istitutivo di Frontex, preambolo, “considerando” n. 14. artt. 15 e 15 – bis.

⁵²⁶ *Ibidem*, preambolo, “considerando” n. 3.

⁵²⁷ *Ibidem*, preambolo, “considerando” n. 5. art. 1 (3).

⁵²⁸ *Ibidem*, art. 2.

Frontex, insieme ad Europol, EASO e Eurojust⁵²⁹, è, dunque, una delle principali agenzie operanti ai fini della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

La struttura organizzativa di Frontex è di stampo marcatamente intergovernativo⁵³⁰. Frontex è rappresentata dal Direttore esecutivo⁵³¹, eletto da un Consiglio di Amministrazione⁵³² di cui fanno parte un rappresentante per ogni Stato membro⁵³³, un rappresentante per ciascuno Stato associato alla cooperazione Schengen⁵³⁴ e due rappresentanti della Commissione⁵³⁵. Il Direttore esecutivo agisce indipendentemente dalle direttive dello Stato membro di appartenenza in conformità del mandato ricevuto dal Consiglio di Amministrazione⁵³⁶, che resta l'organo di direzione politico-strategica dell'agenzia.

Regno Unito e Irlanda non sono membri a pieno titolo non essendo parti del Trattato di Schengen: viene pertanto deliberata di volta in volta la loro partecipazione alle attività dell'Agenzia da parte del Consiglio di Amministrazione⁵³⁷. Al di sotto degli organi direttivi operano poi tre divisioni responsabili rispettivamente per le attività operative, per la ricerca e la formazione, per la gestione amministrativa.

⁵²⁹ Eurojust è l'unità di cooperazione giudiziaria dell'Unione europea che sostiene il coordinamento e la collaborazione giudiziaria tra le amministrazioni nazionali nelle attività di contrasto alle forme gravi di criminalità organizzata che interessano più di un paese dell'UE.

⁵³⁰ Sulla struttura di Frontex, V. A. CANEPA, *The Regulatory Role of Frontex: Risk Analysis, Border Management and Exchange of Data*, in L. AMMANNATI (ed.), *Networks. In Search of a Model for European and Global Regulation*, Torino, 2012, pag. 127 ss.

⁵³¹ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 15.

⁵³² *Ibidem*, art. 20 (2).

⁵³³ Trattasi in genere alti funzionari dei ministeri degli interni o delle forze di polizia nazionali.

⁵³⁴ Gli Stati associati sono la Svizzera, il Liechtenstein, l'Islanda e la Norvegia. V. decisione 2010/490/UE del Consiglio, del 26 luglio 2010, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione, della convenzione fra la Comunità europea, da una parte, e la Confederazione svizzera e il Principato del Liechtenstein, dall'altra, recante le modalità di partecipazione di tali Stati all' dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea; decisione 2007/511/CE del Consiglio, del 15 febbraio 2007, relativa alla conclusione, a nome della Comunità, di una convenzione fra la Comunità europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia recante le modalità di partecipazione di tali Stati all' dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

⁵³⁵ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 21 (1). Vi sono, poi, i supplenti, uno per Stato (membro o associato) e due per la Commissione. Il mandato dei membri del Consiglio è quadriennale, rinnovabile.

⁵³⁶ *Ibidem*, art. 25 (1).

⁵³⁷ Basandosi su una valutazione caso per caso, esso decide a maggioranza assoluta dei membri aventi diritto di voto, valutando se la partecipazione dell'Irlanda e/o del Regno Unito contribuisca allo svolgimento dell'attività in questione e stabilendo il contributo finanziario di detti paesi all'attività per la quale hanno presentato una richiesta di partecipazione. Regolamento (CE) n. 2007/2004, art. 20 (5).

Nel corso del primo decennio di vita di Frontex si è assistito a un incremento esponenziale della dotazione finanziaria⁵³⁸ e delle risorse umane dell’Agenzia⁵³⁹ che, accompagnato all’estensione del suo mandato, ha contribuito a renderla un attore strategico capace di incidere sugli orientamenti di politica migratoria dell’Unione⁵⁴⁰. La capacità operativa di Frontex è stata infatti progressivamente estesa mediante l’adozione di diversi regolamenti modificativi di quello istitutivo.

Una prima fase ha riguardato l’ampliamento dei poteri degli agenti distaccati dell’Agenzia⁵⁴¹, avvenuto attraverso il regolamento (CE) n. 863/2007⁵⁴².

Lo stesso regolamento ha attribuito al Direttore esecutivo il potere di disporre l’invio delle squadre d’intervento rapido (RABIT)⁵⁴³, al fine di prestare assistenza a uno Stato membro, sul suo territorio e su istanza delle sue autorità politiche, in caso di straordinaria e improvvisa pressione migratoria in una porzione della sua frontiera⁵⁴⁴.

All’introduzione di tale meccanismo d’intervento in caso di “pressioni urgenti ed eccezionali”⁵⁴⁵, attivato per la prima volta nel 2010 al confine greco-turco come si vedrà *infra*, ha fatto seguito il conferimento all’Agenzia di un potere generale di gestione delle squadre europee di

⁵³⁸ Il budget di Frontex si è moltiplicato per un fattore di 15. Le entrate di Frontex provengono da risorse dell’Unione e dai contributi dei paesi associati, nonché da contribuzioni su base volontaria e dai compensi per i servizi resi dall’Agenzia. V. ad es. Frontex, *Frontex Budget 2013*, 4 novembre 2013.

⁵³⁹ Nel 2005, Frontex contava su una ventina di impiegati e su sei milioni di euro di risorse, nel 2006 i membri dello staff di Frontex superavano la settantina e l’Agenzia disponeva di un *budget* di circa 19 milioni di euro. Solo due anni dopo, il *budget* era cresciuto a oltre 71 milioni. Nel 2011, dopo le primavere arabe, l’Agenzia contava oltre 300 impiegati e un *budget* annuo che superava i 100 milioni di euro. Inoltre, Frontex aveva stabilito un nuovo quartiere operativo in Grecia, per coordinare le operazioni nell’area mediterranea. V. Corte dei conti dell’UE, *Rapport sur les comptes annuels de l’Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres relatifs à l’exercice 2013 accompagné des réponses de l’Agence*, 8 luglio 2014, pag. 8-10.

⁵⁴⁰ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all’immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 166.

⁵⁴¹ Regolamento istitutivo di Frontex, Art. 10.

⁵⁴² Regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati. Il regolamento è stato adottato in virtù della medesima base giuridica del regolamento istitutivo di Frontex.

⁵⁴³ Acronimo dell’inglese *Rapid Border Intervention Teams*.

⁵⁴⁴ Al potere del Direttore fa da contraltare l’obbligo sugli Stati Schengen di fornire personale e mezzi all’Agenzia in tali situazioni, a meno che gli Stati “si trovino a far fronte a una situazione eccezionale che incide in misura sostanziale sull’adempimento dei compiti nazionali”. Regolamento istitutivo di Frontex, art. 8 – quinquies (8).

⁵⁴⁵ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 8 – bis.

guardie di frontiera⁵⁴⁶ che Frontex può impiegare ogniqualvolta lo Stato membro che richieda assistenza sia soggetto a “pressioni specifiche o sproporzionate” o si trovi in “circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa”⁵⁴⁷.

Questa ulteriore espansione dei poteri di intervento dell’Agenzia a sostegno degli Stati membri in difficoltà nella gestione delle proprie frontiere è avvenuta con il regolamento (UE) n. 1168/2011⁵⁴⁸.

Lo stesso atto ha ampliato i poteri di Frontex anche con riguardo alla cooperazione con gli Stati membri e i paesi terzi e all’autonomia di finanziamento delle operazioni congiunte e di approvvigionamento di beni e servizi strumentali.

Per quanto riguarda il primo profilo, il regolamento del 2011 ha riconosciuto all’Agenzia il potere di lanciare autonomamente le operazioni congiunte, da condurre «*in cooperazione con gli Stati membri interessati e di comune accordo con gli Stati membri ospitanti*»⁵⁴⁹, nonché di porvi termine quando le condizioni non ne consentano la prosecuzione⁵⁵⁰.

Inoltre, mediante tale strumento si è istituzionalizzato la cooperazione tecnico-operativa tra Frontex e i paesi terzi di origine e di transito dei flussi migratori, estendendo la competenza esterna dell’Agenzia per «*quanto attiene alle attività da essa svolte e nella misura necessaria per l’espletamento dei suoi compiti*»⁵⁵¹.

L’instaurazione di tali forme di cooperazione con i paesi terzi, divenuta oramai la modalità tipica dell’azione di Frontex, si aggiunge agli accordi bilaterali conclusi dagli Stati membri nelle materie di cui si occupa

⁵⁴⁶ Le squadre europee di guardie di frontiera sono formate da unità di sicurezza dei confini fornite dagli Stati membri che le reclutano dai propri contingenti nazionali. Tali unità vengono impiegati alle dipendenze dell’Agenzia sulla base di accordi bilaterali rinegoziati annualmente con i paesi di appartenenza., Regolamento istitutivo di Frontex, art. 3 – ter.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, art. 8 (1) e (2) (c). In base all’art. 3 (1 – ter) tale possibilità può essere peraltro estesa anche alle operazioni congiunte e ai progetti pilota.

⁵⁴⁸ Regolamento (UE) n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea. Il regolamento è stato adottato in base all’ art. 77 (2) (b) e (d) TFUE sulla scorta della proposta di regolamento della Commissione europea del 24 febbraio 2010, COM (2010) 61 def.

⁵⁴⁹ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 3 (1).

⁵⁵⁰ *Ibidem*, art. 3 (1 – bis).

⁵⁵¹ *Ibidem*, Art. 14 (1). Tuttavia, la competenza a concludere accordi di lavoro con I paesi terzi era già stata esercitata da Frontex prima che venisse espressamente prevista nella base giuridica indicate, in base al principio del parallelismo delle competenze.

il regolamento istitutivo di Frontex, accordi nei quali gli Stati possono peraltro formalizzare il ruolo dell'Agenzia nell'ambito delle operazioni congiunte o dei progetti pilota⁵⁵².

Riguardo invece l'autonomia finanziaria, è stata accordata all'Agenzia la capacità di finanziare integralmente le operazioni congiunte di rimpatrio⁵⁵³, nonché di acquistare o locare l'attrezzatura tecnica e tecnologica necessaria allo svolgimento delle proprie funzioni⁵⁵⁴. Inoltre è stato dato impulso allo sviluppo dell'interoperabilità dei sistemi di trasmissione di dati⁵⁵⁵, anche mediante una maggiore collaborazione con Europol⁵⁵⁶ e con le altre agenzie dell'Unione⁵⁵⁷. Frontex inizialmente non aveva accesso a banche dati né poteva raccogliere e trattare informazioni personali⁵⁵⁸. A seguito delle modifiche del regolamento istitutivo, Frontex ha acquisito la capacità di ricevere dagli Stati o raccogliere direttamente informazioni personali «*riguardanti persone che sono sospettate dalle competenti autorità degli Stati membri, in base a ragionevoli motivi, di essere coinvolte in attività criminali transfrontaliere, nell'agevolazione di attività di migrazione illegale o in attività di tratta di esseri umani*»⁵⁵⁹, nonché quelli di coloro che sono oggetto delle operazioni di rimpatrio coordinate dall'agenzia. Tali dati possono essere trasmessi a Europol o utilizzati per l'elaborazione delle analisi dei rischi⁵⁶⁰.

Più di recente, l'Agenzia è stata interessata dall'istituzione del Sistema di sorveglianza dei confini europei EUROSUR⁵⁶¹, mediante il

⁵⁵² D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 167.

⁵⁵³ Regolamento istitutivo di Frontex, Art. 9 (1).

⁵⁵⁴ Ibidem, Artt. 7 e 8 (3).

⁵⁵⁵ Ibidem, Artt. 11 – *quater* e 13.

⁵⁵⁶ V. Strategic Agreement between the European Agency for the Management of Operational Coordination at the External Borders of the European Union and the European Police Office, Varsavia, 28 marzo 2008.

⁵⁵⁷ Ad es. Frontex ha instaurato forme stabili di cooperazione con EASO, l'Ufficio europeo per l'asilo, con Eurojust, con EMSA, l'Agenzia europea per la sicurezza marittima e con EU-LISA, l'Agenzia europea per la gestione operativa dei servizi IT su larga scala.

⁵⁵⁸ Tuttavia l'Agenzia ha sempre avuto la possibilità di raccogliere informazioni di prima mano attraverso il dispiegamento, nel corso delle operazioni congiunte, di agenti specializzati nell'analisi di intelligence.

⁵⁵⁹ Regolamento istitutivo di Frontex, Art. 11 *quater* (2).

⁵⁶⁰ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 123.

⁵⁶¹ Il Sistema Europeo di Sorveglianza delle Frontiere (EUROSUR) è stato istituito con l'intento di fornire agli Stati membri situati lungo i confini orientali e meridionali dell'Unione, un quadro tecnico e operativo comune di assistenza nelle operazioni di contrasto alla criminalità transfrontaliera e di prevenzione

regolamento (UE) n. 1052/2013⁵⁶². EUROSUR è una “rete di reti” in grado di collegare una molteplicità di sistemi informativi, sotto il controllo di Frontex, che ha accesso diretto a tutti i sistemi. L’obiettivo è quello di ottenere una conoscenza completa di ciò che accade dentro e fuori i confini. I dati raccolti da EUROSUR vengono poi elaborati da Frontex sotto forma di analisi dei rischi⁵⁶³. Tali analisi, una volta completate, diventano prodotti di intelligence condivisi con gli Stati membri e offrono un contributo importante all’attività di controllo delle frontiere oltre ad essere necessarie per l’identificazione delle priorità operative dell’agenzia.

Per la realizzazione degli obiettivi di EUROSUR appare dunque fondamentale il rafforzamento della cooperazione tra l’Agenzia e gli organismi e le organizzazioni internazionali che possono fornirle informazioni utili ad «aggiornare il quadro situazionale europeo e il quadro comune di intelligence pre-frontaliera»⁵⁶⁴.

Altrettanto importante appare la cooperazione tra gli Stati membri e i paesi terzi di importanza strategica per il controllo delle rotte migratorie⁵⁶⁵, al fine di estendere il raggio operativo del sistema di monitoraggio satellitare europeo⁵⁶⁶ oltre i confini esterni dell’area Schengen⁵⁶⁷.

5.1 LA COOPERAZIONE CON I PAESI TERZI DI ORIGINE O DI TRANSITO

Come visto, l’Unione europea ha dedicato ingenti sforzi alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che fosse soprattutto sicuro. L’enfasi posta sulla sicurezza ha contribuito a convogliare l’attenzione delle istituzioni europee e degli Stati membri sulla

dell’immigrazione clandestina, con il fine ultimo di ridurre numero e mortalità dei migranti nel Mediterraneo. EUROSUR funziona dunque come un collettore di informazioni, accumulando e ridistribuendo sapere per forgiare la definizione e la percezione dei rischi.

⁵⁶² Regolamento (UE) n. 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR). [Regolamento EUROSUR].

⁵⁶³ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 126.

⁵⁶⁴ Regolamento EUROSUR, Art. 18 (2) (d). È in tal senso che assume rilievo l’accordo di cooperazione tra Frontex e Interpol, sottoscritto a San Marino il 17 maggio 2009.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, Art. 20.

⁵⁶⁶ Si tratta del cosiddetto “sistema Galileo”, volto a sviluppare un sistema globale di navigazione satellitare sotto il controllo civile.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, “considerando” n. 15 del preambolo.

sorveglianza della frontiera esterna, in particolare riguardo alle porzioni più permeabili e statisticamente interessate dal maggior numero di attraversamenti non consentiti.

Come ricordato, il concetto di “gestione integrata delle frontiere”, inteso come gestione partecipata del confine esterno, ha ricevuto notevole impulso, rappresentando, d’altra parte, il necessario contraltare del principio dell’assenza dei controlli alle frontiere interne, su cui, come detto, poggia la cooperazione Schengen⁵⁶⁸.

La gestione integrata è, infatti, apparsa agli Stati membri la soluzione più idonea ad assicurare «*la prevenzione e il contrasto rafforzato dell’immigrazione illegale*»⁵⁶⁹ e, al contempo, ha presentato il non trascurabile vantaggio di complicare l’attribuzione delle condotte poste in essere durante le operazioni congiunte⁵⁷⁰, come analizzato *infra* nel presente capitolo.

L’attuazione della “gestione integrata” ha presupposto la cooperazione con i paesi terzi di transito e di origine dei flussi, cui sono state delegate responsabilità crescenti, tanto in relazione al *pre-screening* dei flussi migratori diretti in Europa, quanto in termini di supporto tecnico-operativo nelle operazioni di interdizione dell’immigrazione irregolare⁵⁷¹.

L’area di operatività di Frontex non coincide, dunque, meramente con il confine esterno dello spazio Schengen, bensì, come indicato dall’Agenzia stessa nell’analisi dei rischi per l’anno 2014, essa si estende tanto *before the border*, attraverso le attività svolte nei paesi terzi con cui coopera e il dispiegamento delle operazioni congiunte d’interdizione dell’immigrazione irregolare, quanto *after the border*, nell’ambito del

⁵⁶⁸ A partire dal trattato di Lisbona, tale relazione ha trovato sanzione nel diritto primario, tanto nell’art. 3, paragrafo 2, TUE quanto nell’art. 77, paragrafo 1, TFUE.

⁵⁶⁹ Art. 79, paragrafo 1, TFUE.

⁵⁷⁰ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all’immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 164.

⁵⁷¹ In merito alle caratteristiche di tale cooperazione, si rinvia a A. BETTS, J. MILNER, *The Externalization of EU Asylum Policy: The Position of African States*, in *Centre on Migration, Policy and Society Working Paper n. 36*, 2006; A. ADEPOJU, F. VAN NOORLOOS, A. ZOOMERS, *Europe’s Migration Agreements with Migrant-Sending Countries in the Global South: A Critical Review*, in *International Migration*, 2010/3, pag. 42 ss.

coordinamento delle operazioni di rimpatrio coatto, poste in essere dagli Stati membri⁵⁷².

In ambo i casi si rende necessaria la previa instaurazione di forme di cooperazione tra i paesi terzi coinvolti nelle operazioni e gli Stati membri che alle stesse partecipano, nonché tra l'Agenzia e i paesi terzi coinvolti.

La cooperazione europea con i paesi terzi si fonda quindi su una duplice base.

La prima forma di cooperazione è quella interstatale e rappresenta tuttora il pilastro portante della strategia europea di controllo integrato delle frontiere⁵⁷³. Tuttavia, in ossequio alla natura concorrente della competenza dell'Unione in materia⁵⁷⁴, tale forma di cooperazione deve rispettare «il diritto dell'Unione e gli accordi internazionali pertinenti»⁵⁷⁵, nonché il principio di leale cooperazione⁵⁷⁶ ed essere coordinata con la parallela "azione esterna" di Frontex⁵⁷⁷, componente essenziale della strategia operativa dell'Agenzia⁵⁷⁸. In ogni caso, a Frontex è assegnato il ruolo di agevolare la cooperazione tra Stati membri e paesi terzi, cooperazione che si inserisce «nel quadro della politica dell'Unione in materia di relazioni esterne e diritti umani in particolare»⁵⁷⁹.

Con riferimento, invece, alle forme di cooperazione che l'Agenzia può autonomamente avviare con i paesi terzi, lo strumento previsto dal

⁵⁷² Più precisamente, Frontex opera prima dell'ingresso dei flussi, attraverso attività preventive svolte nei paesi d'origine e di transito (*before the border*). L'Agenzia opera anche lungo i confini (*at the border*), ad. Es. Prestando assistenza agli Stati membri che subiscano una eccessiva pressione migratoria al confine e, infine, nelle attività di deterrenza da parte degli Stati membri, come i rimpatri coatti (*after the border*). V. Frontex, *Annual Risk Analysis 2014*, pag. 3-6. In argomento, M. BEUVING, *Frontex: Its Role and Organization*, in J. MONAR (ed.), *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, 2010, Brussels, pag. 217 ss.

⁵⁷³ V. sull'argomento P. GARCÍA ANDRADE, A. DI PASCALE, A. SARRAJ, *L'importance des relations bilatérales entre Etats membres et pays tiers en matière d'immigration. Une analyse de l'action extérieure de l'Espagne, la France et l'Italie*, in M. MAES, M. C. FOBLETS, P. DE BRUYCKER (eds.), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy. Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, 2011, Bruxelles, pag. 251 ss.

⁵⁷⁴ Ai sensi dell'art. 4 (2) (b) TFUE.

⁵⁷⁵ V. il protocollo n. 23 sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne allegato ai trattati, in relazione all' art. 77 (2) (b) TFUE.

⁵⁷⁶ Art. 4 (3) TUE.

⁵⁷⁷ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 2 (2), in base al quale la cooperazione operativa tra Stati membri e paesi terzi deve essere integrativa dell'azione di Frontex, che deve essere informata anche delle attività poste in essere dagli Stati membri riguardo a questioni operative nella responsabilità principale degli stessi (ad. es., la cooperazione in materia di ricerca e soccorso dei migranti in mare).

⁵⁷⁸ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 169.

⁵⁷⁹ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (1).

regolamento istitutivo è la conclusione di accordi di lavoro con le competenti autorità politiche o amministrative⁵⁸⁰. Le determinazioni di Frontex relative ai paesi terzi con cui instaurare una cooperazione derivano dalle analisi di rischio, che segnalano le rotte migratorie più utilizzate in un dato momento storico, ma anche in accordo con gli indirizzi dettati dalla politica estera dell'Unione⁵⁸¹.

In ambo i casi, il rispetto dei diritti umani non appare né una preconditione per il perfezionamento dell'accordo⁵⁸², né un elemento centrale dello stesso⁵⁸³. In effetti, il regolamento istitutivo di Frontex le attribuisce una esplicita funzione promozionale del rispetto dei diritti umani solo nell'ipotesi in cui l'Agenzia coordini la cooperazione tra gli Stati membri e i paesi terzi, mentre un'analoga previsione non è riprodotta nella disposizione che si occupa di regolare l'esercizio autonomo della competenza esterna di Frontex⁵⁸⁴.

Tuttavia va rilevato che, nella determinazione delle controparti straniere con cui cooperare e dei contenuti dell'accordo, Frontex è soggetta al controllo del Parlamento europeo e della Commissione. Mentre il controllo parlamentare si sostanzia in un mero obbligo di informazione che sorge peraltro successivamente al perfezionamento dell'accordo⁵⁸⁵, la Commissione deve esprimere *ex ante* il proprio parere favorevole riguardo agli accordi di lavoro con i paesi terzi⁵⁸⁶. Il medesimo adempimento è

⁵⁸⁰ Tali accordi, devono essere stipulati «ai sensi delle pertinenti disposizioni del TFUE». Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (2) e 13.

⁵⁸¹ Si veda ad es. la speciale attenzione che Frontex dichiara di riservare alla cooperazione con i paesi candidati all'adesione all'Unione. V. anche *Frontex Fundamental Rights Strategy, endorsed by the Frontex Management Board on March 31, 2011*, par. 29.

⁵⁸² Si noti che è stato espunto dalla bozza originaria di riforma del regolamento istitutivo di Frontex il “considerando” n. 23 del preambolo che rimarcava l'importanza della cooperazione operativa tra Frontex e i paesi terzi per la promozione degli *standards* europei di gestione dei confini, ivi compresa la tutela dei diritti umani. V. Amnesty International – ECRE, *Briefing on the Commission Proposal*, pag. 23.

⁵⁸³ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 170.

⁵⁸⁴ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (2). All' art. 26 - *bis* (1) si afferma invece l'obbligo dell'Agenzia di implementare meccanismi di monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali in tutte le proprie attività, ma il monitoraggio svolge chiaramente una funzione diversa dalla promozione del rispetto dei diritti umani nell'ambito della cooperazione operativa con i paesi terzi.

⁵⁸⁵ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (8) e art. 13.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, art. 14 (8).

necessario qualora Frontex decida, sulla base di un accordo di lavoro, di inviare in un paese terzo i propri funzionari di collegamento⁵⁸⁷.

È peraltro singolare che il mandato dei funzionari di collegamento di Frontex delineato dal regolamento (CE) n. 377/2004⁵⁸⁸ non prevedesse alcuna clausola di salvaguardia dei diritti fondamentali dei migranti, e ciò benché nell'esercizio delle proprie funzioni, i *liaison officers* ben potevano contribuire alla compressione del diritto di ciascuno di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio⁵⁸⁹, e ostacolare l'accesso alla protezione internazionale nello spazio giuridico europeo⁵⁹⁰.

Tale lacuna è stata colmata dal regolamento (UE) n. 1168/2011, che ha espressamente assoggettato l'attività degli ufficiali di collegamento al rispetto «*del diritto dell'Unione e dei diritti fondamentali*»⁵⁹¹. Ad ogni modo, anche quando l'impianto normativo è meno lacunoso, il problema del rispetto dei diritti umani nell'azione esterna di Frontex può permanere sul piano dell'attuazione del diritto⁵⁹². Infatti, in relazione alla selezione dei paesi terzi presso i quali distaccare gli agenti di collegamento, il regolamento istitutivo di Frontex stabilisce che l'invio è condizionato alla presenza, nei paesi terzi coinvolti, di pratiche di frontiera conformi a «*norme minime di protezione dei diritti umani*»⁵⁹³, oltre che su basi di

⁵⁸⁷ *Ibidem*, art. 14 (3). I funzionari di collegamento di Frontex appartengono alle reti di funzionari competenti in materia migratoria (*immigration liaison officers networks*) istituite a norme del regolamento (CE) n. 377/2004, e sono rappresentanti degli Stati membri distaccati all'estero «*allo scopo di instaurare e mantenere contatti con le autorità del paese ospitante per contribuire alla prevenzione dell'immigrazione irregolare e alla lotta contro tale fenomeno, al rimpatrio di clandestine e alla gestione dell'immigrazione irregolare*». (Regolamento (CE) n. 377/204, art. 1.

⁵⁸⁸ Regolamento (CE) n. 377/2004 del Consiglio, del 19 febbraio 2004, relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione, come modificato del regolamento (UE) n. 493/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, art. 4.

⁵⁸⁹ Tale diritto è sancito nell'art. 13 (2) della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nonché in molti altri strumenti internazionali, come nell'art. 12 (2) del Patto sui diritti civili e politici del 1966.

⁵⁹⁰ I *liaison officers* di Frontex sono accusati da diverse organizzazioni non governative di preparare le guardie di frontiera del paese terzo (presso il quale sono dislocate) a utilizzare le moderne tecniche d'intercettazione dei migranti e di fare pressioni sulle autorità preposte al rafforzamento dei controlli della frontiera. V. Migreurop, «*Appeal for the Cancellation of the Frontex Regulation*», in *Frontexit.org*.

⁵⁹¹ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (3).

⁵⁹² D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 171.

⁵⁹³ Oltre che su basi di reciprocità, in accordo agli indirizzi di politica estera dell'Unione e alle priorità emerse dall'analisi dei rischi condotta da Frontex. Il richiamo al rispetto dei diritti umani è invero generico, non si ha alcun tipo di riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

reciprocità e in accordo agli indirizzi di politica estera dell'Unione e alle priorità emerse dalle analisi dei rischi condotta da Frontex⁵⁹⁴.

Dall'analisi della pratica però risulta che il primo criterio non viene quasi mai rispettato e che, in definitiva, i paesi terzi presso i quali Frontex invia i *liaison officers* esternalizzando il contrasto all'immigrazione clandestina, sono quelli con cui ha previamente instaurato forme di cooperazione operativa fondate sugli accordi di lavoro⁵⁹⁵, la cui stipulazione, come visto, non è ancorata a valutazioni di tipo umanitario, quanto piuttosto orientata dall'analisi dei rischi⁵⁹⁶. Ne segue che tra i *partners* stranieri, presso i quali Frontex distacca i propri ufficiali di collegamento, figurano paesi come la Nigeria, la Turchia e l'Ucraina, che sicuramente non hanno un approccio *human rights-oriented* alle questioni migratorie⁵⁹⁷.

Infine, a seguito della riforma del 2011, Frontex dispone di due nuovi strumenti per rafforzare la propria azione esterna: la capacità di varare e finanziare, senza previa approvazione di alcuna delle istituzioni europee, progetti di assistenza tecnica ai paesi terzi nelle materie di propria competenza⁵⁹⁸ e la facoltà di invitare a partecipare alle proprie operazioni gli "osservatori" di tali paesi⁵⁹⁹.

Ad oggi, Frontex ha sottoscritto accordi di cooperazione con le competenti autorità di diciassette paesi terzi, la gran parte dei quali (ad esclusione di Stati Uniti e Canada) accomunati dalla contiguità geografica al confine esterno dell'Unione⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ V. Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (3).

⁵⁹⁵ V. Frontex, *FRONTEx: Latest Developments, Competences & Possibilities*, European Police Congress, Berlin 2012, pag. 11.

⁵⁹⁶ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 172.

⁵⁹⁷ V. il rapporto di Amnesty International, *The Human Cost of Fortress Europe. Human Rights Violations against Migrants and Refugees at Europe's Borders*, July 2014, pag. 13 ss.

⁵⁹⁸ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 14 (85).

⁵⁹⁹ *Ibidem*, art. 14 (6), art. 13. Questa possibilità, prevista da tutti gli accordi di lavoro di ultima generazione, può essere esercitata da Frontex previo consenso degli Stati membri interessati e dello Stato membro ospitante. Quella del consenso degli Stati membri coinvolti è una questione centrale nell'attività esterna di Frontex, offrendo tale consenso la necessaria "copertura" giuridica ad attività di contenuto tecnico-operativo che, nondimeno, possono interferire con il godimento dei diritti che l'Unione garantisce a chiunque nella fase di contatto con l'ordinamento giuridico di uno dei suoi Stati membri. Si rinvia al paragrafo 11.1 del presente capitolo.

⁶⁰⁰ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 173.

La geografia dell'azione esterna di Frontex vede le porzioni orientali, caucasiche e balcaniche del confine europeo completamente "coperte" dagli accordi, conclusi tra il 2006 e il 2011⁶⁰¹. Più rarefatto, invece, è stato sinora l'attivismo cooperativo di Frontex rispetto ai paesi della sponda Sud del Mediterraneo. In tale area, l'Agenzia ha sottoscritto, nel 2012, un accordo di lavoro con la Turchia⁶⁰².

Un altro accordo è stato stipulato con la Nigeria, che è lo stato più popoloso dell'Africa occidentale, nonché "produttore" di ingenti flussi migratori diretti verso l'Europa⁶⁰³. Questa cooperazione non riguarda tanto il pattugliamento congiunto del Mediterraneo centrale, quanto lo scambio di informazioni sensibili, il sostegno all'Agenzia nelle operazioni congiunte di rimpatrio e l'attività di *capacity building* svolta dai *liaison officers* dell'Agenzia nello Stato africano⁶⁰⁴.

Diverso è invece il tipo di cooperazione instaurata con Capo Verde che, in ragione della propria posizione geografica⁶⁰⁵, è stato ampiamente coinvolto nelle attività d'interdizione dell'immigrazione irregolare sulla rotta atlantica in direzione delle isole Canarie, prima sulla base di un accordo bilaterale con la Spagna⁶⁰⁶, successivamente rafforzato dall'intesa con Frontex⁶⁰⁷.

⁶⁰¹ I paesi terzi coinvolti sono: la Moldova, l'Ucraina, la Bielorussia, la Russia, l'Armenia, la Georgia, l'Azerbaijan, la Bosnia Erzegovina, la Serbia, il Montenegro, l'Albania e l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia.

⁶⁰² Tale accordo ha fatto da apripista a quello di riammissione dell'Unione, firmato il 3 dicembre 2013. V. Commissione europea, «*Cecilia Malmstrom signs the Readmission Agreement and launches the Visa Liberalization Dialogue with Turkey*», Press Release IP/13/1259, 16 dicembre 2013. La concordanza tra l'azione dell'Agenzia e quella dell'Unione, in relazione alla cooperazione con la Turchia, si è resa necessarie per rispondere alle sfide lanciate dalla moltiplicazione dei flussi migratori sulla rotta che dall'Afghanistan, dalla Siria e da altri paesi asiatici conduce al confine di Bulgaria e Grecia passando, appunto, attraverso la Turchia e il Mediterraneo orientale. Secondo i dati Frontex, nel 2015 tale confine è stato interessato da 885,386 attraversamenti illegali del confine, un numero mai registrato prima.

⁶⁰³ I flussi migratori che hanno origine in Nigeria si ricongiungono a quelli provenienti da Dakar (Senegal), sulla rotta terrestre che dal Mali conduce in Libia attraverso il deserto, e che poi diventa marittima per le 80 miglia circa che separano Tripoli dall'isola di Lampedusa o dalle coste maltesi.

⁶⁰⁴ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 174.

⁶⁰⁵ La Repubblica di Capo Verde è situata nell'Atlantico settentrionale, a circa 500 chilometri dalle coste senegalesi.

⁶⁰⁶ House of Lords, *FRONTEX: The EU External Borders Agency, Report with Evidence, 9th Report of session 2007-08*, The Stationery Office Limited, London 2008, pag. 169.

⁶⁰⁷ *Working Arrangement establishing Operational Cooperation between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) and the Policía Nacional de Cabo Verde, done in Brussels on 14 January 2011*, par. 4.6-4.8 e 4.11-4.12 [accordo Frontex-Capo Verde].

La presente dinamica è peraltro abbastanza tipica in quanto, come già visto, le direttive seguite da Frontex nella sua azione esterna sono condizionate dalle relazioni multilaterali e bilaterali intrattenute degli Stati membri con i paesi terzi, relazioni che nell'area mediterranea sono assai fitte e ben consolidate⁶⁰⁸. La Spagna ha difatti concluso accordi in materia migratoria con la Mauritania e il Senegal, protagonisti dell'operazione di interdizione *Hera* a guida Frontex svoltasi a largo delle isole Canarie nel 2006, nonché con Gambia, la Guinea, la Guinea-Bissau e il Mali⁶⁰⁹. La Spagna ha, inoltre, rafforzato la cooperazione con il Marocco⁶¹⁰.

Un altro paese terzo il cui contributo nella lotta all'immigrazione clandestina è stato ritenuto cruciale è la Libia⁶¹¹. Tale paese è stato da subito coinvolto nella politica italiana d'interdizione dei migranti in mare⁶¹² e Frontex ne aveva auspicato la partecipazione alle operazioni congiunte condotte nel Mediterraneo⁶¹³, benché fosse nota la drammaticità delle condizioni dei migranti ricondotti in Libia⁶¹⁴.

A seguito della già citata sentenza *Hirsi* si è temporaneamente interrotta la cooperazione dell'Europa con la Libia in materia migratoria⁶¹⁵,

⁶⁰⁸ Si pensi al "dialogo 5+5" per il Mediterraneo occidentale, che coinvolge cinque Stati europei (Spagna, Francia, Italia, Malta e Portogallo) e cinque Stati africani (Algeria, Libia, Mauritania, Tunisia e Marocco). Per un quadro d'insieme sugli accordi bilaterali tra Stati membri dell'Unione e paesi terzi, in materia migratoria e soprattutto concernenti la riammissione, V. il database *Return Migration and Development Platform (RDP)* dell'European University Institute, da cui emerge con chiarezza che i paesi con maggiori relazioni bilaterali con il Nordafrica sono Spagna, Francia, Italia e Portogallo.

⁶⁰⁹ V. Amnesty International, *S.O.S. Europe. Human Rights and Migration Control*, 2012, pag. 3.

⁶¹⁰ La cooperazione si è rafforzata anche in seguito al sostegno europeo ricevuto tanto nell'operazione *Seahorse Atlantico* quanto nella costruzione delle barriere contro l'immigrazione clandestina nelle *enclaves* di Melilla e Ceuta.

⁶¹¹ Già nelle conclusioni del Consiglio europeo del 3 giugno 2005, la Libia era stata qualificata come un *partner* strategico fondamentale nell'area mediterranea. V. Consiglio, Conclusion of 2-3 June 2005, C/05/114, 2664th Council meeting justice and Home affairs, pag. 10 ss.

⁶¹² In base al Protocollo del 2007, analizzato nel paragrafo 6.4 del primo capitolo.

⁶¹³ Frontex, *Frontex-led EU Illegal Immigration Technical mission to Libya, 28 May-5 June 2007*.

⁶¹⁴ Secondo quanto denunciato nel rapporto Migreurop, *European Borders Controls, Detentions and Deportations*, pag. 41, l'Italia ha finanziato, tra il 2004 e il 2005, la costruzione di due campi di rifugio nel Sud della Libia dichiarati " aree di protezione regionale". L'iniziativa italiana ha ricevuto il plauso delle Commissioni (V. LIMITE 7753/05, Annex 13, pag. 59). Durante la missione tecnica di Frontex nel 2007, dopo aver visitato il campo di Kufra, la delegazione dell'Agenzia non si sarebbe espressa sulle condizioni di detenzione, ma avrebbe solo dichiarato di aver apprezzato «*both the diversity and the vastness of the desert*». In merito alle condizioni di detenzione dei migranti in transito in Libia V. G. DEL GRANDE, *Escape from Tripoli. Report on the conditions of migrants in transit in Libya*, in *Fortress Europe*, 2007, online.

⁶¹⁵ Invero, l'Italia ha sospeso la cooperazione con la Libia nel febbraio 2011, per riprenderla con il nuovo governo in termini largamente simili al passato già nell'aprile 2012. In argomento, Human Rights Watch, *Hidden Emergency, Migrant Deaths in the Mediterranean*, 2012, pag. 5; G. CELLAMMARE, *La sentenza Hirsi Jamaa e la "nuova fase di cooperazione" tra Italia e Libia nel settore migratorio*, in *Sud in Europa*,

sebbene quello nordafricano rimanga un paese fondamentale per il controllo dei flussi migratori diretti verso il continente europeo⁶¹⁶.

E, difatti, tra i paesi terzi che si affacciano sul Mediterraneo centrale e con i quali il Direttore esecutivo di Frontex ha ricevuto dal Consiglio di amministrazione il mandato a negoziare accordi di lavoro figura anche la Libia, oltre all'Egitto e alla Tunisia⁶¹⁷.

Da quanto considerato si può evincere che il contenuto degli accordi di lavoro riflette le specificità del tipo di cooperazione che Frontex intende instaurare con la controparte straniera⁶¹⁸. Tuttavia sono individuabili alcune caratteristiche "tipiche" degli accordi operativi dell'Agenzia. Dal punto di vista strutturale, essi sono generalmente suddivisi in sezioni che delineano i principi, gli obiettivi e i contenuti della cooperazione e disciplinano le modalità organizzative, gli aspetti finanziari⁶¹⁹ e le questioni relative alla modifica⁶²⁰ o alla cessazione dell'accordo⁶²¹, cui è annessa una clausola finale sulla natura giuridica dello stesso. Inoltre, da tutti i *working agreements* emerge che la definizione delle modalità di gestione della cooperazione è rimessa dalla stipulazione di intese successive⁶²².

L'obiettivo principale di tale tipo di accordi è quello di "esternalizzare" il controllo della frontiera dell'Unione europea al fine di prevenire l'arrivo del flusso migratorio ai confini europei. In tale modo, il controllo della frontiera viene effettuato al di fuori della frontiera stessa,

settembre 2012, pag. 3 ss.

⁶¹⁶ Tuttavia l'accentuata instabilità politica della Libia rende impossibile per tale Stato il pattugliamento delle proprie acque territoriali. V. *Libya, The next failed state*, in *The Economist*, 10 gennaio 2015, pag. 10 ss.

⁶¹⁷ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 176.

⁶¹⁸ Difatti tali accordi possono rappresentare il presupposto per la partecipazione delle competenti autorità dei paesi terzi, in qualità di operatori o di osservatori, alle operazioni coordinate da Frontex (tanto per il pattugliamento dei confini quanto per l'organizzazione di voli congiunti di rimpatrio), nonché per il distacco di ufficiali di polizia di confine del paese terzo presso aeroporti degli Stati membri o per altro tipo di attività.

⁶¹⁹ A volte si prevede che sia la stessa Frontex a finanziare la partecipazione delle autorità dei paesi terzi alle operazioni.

⁶²⁰ Generalmente sulla base di un mutuo consenso.

⁶²¹ Generalmente la durata viene stabilita come illimitata salvo notifica scritta di cessazione dell'accordo da parte di una delle parti.

⁶²² Ad es., la partecipazione delle autorità del paese terzo alle operazioni congiunte di rimpatrio è prevista sotto forma di obbligo *de contrahendo* da dettagliare previa iniziativa del direttore di Frontex e d'accordo con lo Stato membro dell'Unione che ospita l'operazione.

determinando, come si vedrà *infra*, non poche problematiche a livello di applicabilità del relativo quadro giuridico internazionale. Con la creazione di un dialogo con le autorità del paese terzo, Frontex trasferisce la propria metodologia operativa e svolge funzioni di *capacity building* e di formazione del personale di frontiera dei paesi terzi, favorendo la circolazione delle informazioni e dei dati sui flussi tra gli attori coinvolti nella cooperazione⁶²³.

Dunque è possibile identificare una complementarità tra la cooperazione operativa di Frontex e quella normativa portata avanti dall'Unione (stipula degli accordi di riammissione). L'Agenzia è chiamata a prevenire l'accesso dei flussi irregolari e a reindirizzarli verso l'esterno, mentre gli accordi di riammissione fungono da fondamento normativo per agevolare l'esecuzione dei rimpatri, spesso coordinati dall'Agenzia stessa⁶²⁴.

Tuttavia, la priorità di Frontex, ovvero il contrasto dell'immigrazione clandestina, sembra aver orientato l'Agenzia nella scelta di minimizzare, se non escludere, i riferimenti ai diritti umani all'interno di tali accordi⁶²⁵. Un tale approccio non è in linea né con l'*acquis* di Schengen⁶²⁶ né con gli obblighi che l'Agenzia ha recentemente assunto in materia di tutela dei diritti umani⁶²⁷.

⁶²³ V. Commissione europea, comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio del 4 dicembre 2013, COM (2013) 869 def., *Sull'attività della Task Force "Mediterraneo"*, par. 1.10.

⁶²⁴ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 179.

⁶²⁵ Invero, soltanto in un esiguo numero di accordi di lavoro conclusi con parti terze si menziona la necessità di rispettare i diritti umani nell'attuazione dell'accordo (accordi di Frontex con Nigeria, Turchia, Armenia e Azerbaigian) e solo in un caso si fa riferimento anche ai principi e alle norme di diritto internazionale rilevanti (accordo Frontex-Azerbaigian).

⁶²⁶ In base al quale: «*il tema dell'osservanza dei diritti fondamentali e del principio di non respingimento è una delle priorità della politica migratoria comune*». Consiglio, Recommendation of 2 December 2008, 15250/2/08 REV 2, *Updated Schengen Catalogue on External Borders Control, Return and Readmission. Third Draft*, pag. 46.

⁶²⁷ Frontex ha sottoscritto, nel 2010, un accordo di cooperazione con l'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA), al fine di farsi "assistere" nel conformare la propria attività a un autentico approccio orientato ai diritti fondamentali. Inoltre, Frontex si è dotata, nel 2011, di una *Fundamental Rights Strategy*, in attuazione dell'art. 26 - *bis* del regolamento istitutivo. Nella strategia si legge che Frontex considera il rispetto dei diritti fondamentali come «*unconditional and integral components of effective integrated border management*» ("considerando" n. 1 del preambolo e che, nelle proprie attività, tiene in debita considerazione la giurisprudenza Di Lussemburgo (par. 7), nonché di Strasburgo, in vista dell'adesione dell'UE alla CEDU (par. 6). Infine, nel 2012 ha istituito la figura del Responsabile dei diritti fondamentali (FRO), con il compito di monitorare il rispetto dei diritti umani in tutte le sue attività e di riferire al consiglio di amministrazione e al forum consultivo, altro organo creato per assistere il direttore esecutivo e il Consiglio nelle questioni legate ai diritti fondamentali.

5.2 LA NATURA GIURIDICA DEGLI ACCORDI DI LAVORO

Gli accordi di lavoro conclusi da Frontex con le competenti autorità dei paesi terzi vengono definiti dal Direttore esecutivo come meri "documenti amministrativi" di limitata rilevanza nella preparazione e nella conduzione delle operazioni congiunte coordinate da Frontex⁶²⁸. In breve, si tratterebbe di quadri di cooperazione di tipo programmatico che, per rendere effettivo il coinvolgimento della parte terza, si appoggerebbero alla cooperazione bilaterale tra Stati UE e paesi terzi⁶²⁹. Contrasta con tale impostazione la centralità attribuita dalle istituzioni dell'Unione alle intese negoziate da Frontex, ai fini del coinvolgimento delle parti terze nelle politiche di esternalizzazione del controllo dei flussi migratori⁶³⁰.

Il dibattito attorno alla natura giuridica degli accordi negoziati da Frontex assume rilevanza nella misura in cui la natura tecnico-operativa degli stessi è stata adottata a titolo di giustificazione della scarsa trasparenza nella procedura di stipulazione, dell'assenza di controllo giurisdizionale e dell'irrelevanza di condizionalità basate sul rispetto di *standards* minimi di tutela dei migranti⁶³¹.

Sono due le valutazioni da effettuare: una prima verte sulla natura giuridica degli accordi operativi di Frontex, la seconda riguarda invece l'impatto di tali accordi sullo svolgimento della cooperazione operativa in materia migratoria, in particolare sul rispetto dei diritti umani.

Lo statuto dell'Agenzia lascia pochi dubbi sulla incapacità di Frontex di impegnare l'Unione sul piano internazionale⁶³², non essendole stati

⁶²⁸ C. Svampa, *Frontex: un ventaglio di competenze per la gestione dei confini UE. Intervista a Ikka Laitinen*, in *Libertà civili*, 2012, pag. 39-43.

⁶²⁹ V. Parlamento europeo, *Study on the Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and Its Impact on EU Home Affairs Agencies: Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, PE 453.196.2011, pag. 19.

⁶³⁰ V. Commissione europea, comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 24 maggio 2011, COM (2011)292 def., *Sul dialogo con i paesi del Sud del Mediterraneo per la migrazione, la mobilità e la sicurezza*, pag. 5.

⁶³¹ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 180. In argomento, V. M. BOUMGHAR, *La licéité internationale des opérations menées par Frontex*, in J. M. SOBRINO HEREDIA (sous la direction de), *Sûreté maritime et violence en mer*, 2011, Bruxelles, pag. 103 ss.

⁶³² In tal senso, B. NASCIMBENE, *Lampedusa: una tragedia con molti interrogativi. Obblighi di tutela*

trasferiti i poteri necessari a tal fine. Con l'adozione del regolamento (UE) n. 1168/2011, all' art 14 (2) è stata aggiunta una precisazione circa la natura degli accordi di lavoro di Frontex, che sono «*solamente connessi*»⁶³³ alla gestione della cooperazione operativa. A ulteriore conferma, in tutti gli accordi di lavoro di Frontex vi è una clausola finale in cui viene ribadita l'inidoneità delle disposizioni contenute nel documento a formare oggetto di obblighi giuridici internazionali tra l'Unione e la parte terza interessata⁶³⁴.

Inoltre, a rafforzare la tesi che gli accordi di lavoro di Frontex siano mere intese tecniche contribuisce la circostanza che, ai fini del perfezionamento degli stessi da parte dell'Agenzia, non sia richiesta la previa approvazione del Parlamento europeo⁶³⁵, che sarebbe invece necessaria qualora tali accordi fossero adottati ai sensi dell' art. 218 TFUE⁶³⁶.

La tesi che gli accordi operativi di Frontex siano stati concepiti alla stregua di intese prive di ricadute su terzi, e quindi non soggetti al controllo giurisdizionale⁶³⁷, pare avvalorata, altresì, dalla lettura congiunta dei primi due paragrafi dell' art. 14 del regolamento istitutivo. Difatti, come si è già avuto modo di vedere, la tutela dei diritti umani e il rispetto degli *standards* europei, che figurano nella disciplina della funzione "coadiuvante" di Frontex nei rapporti tra Stati membri e paesi terzi (par. 1) non sono riproposte in relazione all'esercizio autonomo della competenza dell'Agenzia a concludere accordi di lavoro (para. 2)⁶³⁸.

dei diritti fondamentali e strumenti di controllo dell'immigrazione, in G. CAGGIANO (eds.), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, 2014, Torino, pag. 5-8.

⁶³³ Nella versione inglese, "*purely related*".

⁶³⁴ V. ad es., l'accordo Frontex-Capo Verde «*the present Working Arrangements shall not be considered as an international treaty. Practical implementation of its contents shall not be regarded as fulfillment of international obligations by the European Union and its Institutions and Cape Verde*».

⁶³⁵ L' art. 14 (8) stabilisce, infatti, che «il Parlamento europeo è informato quanto prima e in modo esaustivo su tali attività».

⁶³⁶ L'art. 218 TFUE si occupa della procedura ai fini della stipula di un accordo internazionale, quindi i negoziati, la firma, la conclusione, alcuni aspetti dell'esecuzione, nonché la sospensione degli impegni pattizi sottoscritti dall'Unione europea.

⁶³⁷ Infatti, ai sensi dell'art. 263 (1) TFUE, la Corte di Lussemburgo può sindacare la legittimità degli atti degli organi e degli organismi dell'Unione soltanto nella misura in cui tali atti siano destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Analogamente, V. art. 265 (3) TFUE per i ricorsi in carenza e art. 267 (1) (b) TFUE per il rinvio pregiudiziale.

⁶³⁸ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione*

Una tale omissione è molto significativa poiché l'Unione si è recentemente dotata di regole precise, per imporre agli Stati membri il rispetto degli *standards* in materia di diritti umani e di *non refoulement* vigenti nello spazio giuridico europeo nell'ambito degli accordi bilaterali in materia migratoria da questi sottoscritti con i paesi terzi⁶³⁹. Tali regole sono particolarmente stringenti poi quando il regime di cooperazione istituisce un regime di condivisione delle responsabilità per i controlli migratori tra guardie di frontiera dello Stato membro e del paese terzo⁶⁴⁰.

È quindi possibile considerare il diverso rilievo accordato alla tutela dei diritti fondamentali negli accordi tra Stati membri e paesi terzi e nelle accordi di lavoro negoziati da Frontex, giustificato, evidentemente, in base al carattere esecutivo dell'Agazia.

Pur senza trascurare la diversa natura degli accordi bilaterali conclusi dagli Stati membri con i paesi terzi rispetto alle intese operative di Frontex, occorre riconoscere che il carattere essenzialmente tecnico dell'Agazia non le ha precluso l'esercizio di un potere di indirizzo dell'azione esterna dell'Unione, né ha escluso il verificarsi di violazioni dei diritti umani in seguito all'attuazione delle previsioni contenute negli accordi di lavoro, né, infine, ha reso meno opportune forme di controllo sull'esercizio delle competenze esterne dell'Agazia⁶⁴¹. Quest'ultimo presupporrebbe, in ogni caso, una "riqualificazione" degli accordi operativi o quanto meno la prova che, a prescindere dalla loro denominazione, essi incidono sui diritti dei terzi e debbono, dunque, essere assoggettati al controllo giurisdizionale⁶⁴².

Ne segue che il tema del sindacato giurisdizionale sulle modalità attuative della cooperazione operativa tra Frontex e i paesi terzi, più che in

irregolare, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 183.

⁶³⁹ Regolamento (UE) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che modifica il regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, i regolamenti (CE) n. 1683/95 e (CE) n. 539/2001 del Consiglio e i regolamenti (CE) n. 767/2008 e (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio

⁶⁴⁰ V. il par. 1. 1. 4. 3, del regolamento (UE) n. 610/2013, che modifica l'allegato VI del Codice frontiere Schengen sulla regolamentazione dei "valichi di frontiera condivisi".

⁶⁴¹ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 183.

⁶⁴² Sul tema della "riqualificazione" degli atti dell'unione, ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia, V. C. MORVIDUCCI, *Unità del sistema e articolazione in pilastri nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007, reperibile online, pag. 6.

termini di opportunità, si pone in termini di fattibilità, dal momento che esso presupporrebbe il monitoraggio di tutte le operazioni congiunte coordinate da Frontex ai sensi degli accordi di lavoro⁶⁴³.

In ultima analisi, l'influenza delle intese negoziate da Frontex è bidirezionale: per un verso queste sono legate alla politica estera dell'Unione e degli Stati membri; per altro verso, questi debbono assicurare la coerenza della propria cooperazione internazionale⁶⁴⁴ con l'attività di Frontex e, nella prassi, percepiscono Frontex come un attore cruciale nel *decision making process*, soprattutto sulle questioni riguardanti l'organizzazione e il finanziamento delle operazioni congiunte⁶⁴⁵.

Inoltre, l'azione di condizionamento di Frontex può riverberarsi anche sui paesi terzi. Difatti, mediante l'estensione del mandato dell'Agenzia, essa può ora varare e finanziare autonomamente progetti di assistenza tecnica nei paesi terzi, il che rappresenta un potente incentivo al fine di ottenere, da tali paesi, un impegno "rafforzato" nel controllo dei flussi diretti verso l'Unione. Ne segue che l'obiettivo di mantenere o rafforzare la cooperazione con l'Agenzia ben può indurre i paesi terzi ad adottare politiche di contenimento dei flussi migratori scarsamente rispettose dei diritti umani, come testimoniato dal caso ucraino⁶⁴⁶.

Le attività tecnico-amministrative poste in essere da Frontex e dalle parti terze sulla base degli accordi operativi non sono, quindi, "inerti" rispetto alla tutela dei diritti umani⁶⁴⁷. Anzi, attraverso la delega dei controlli ai paesi terzi, e l'*outsourcing* degli stessi, si rischia di rendere praticamente inesigibile il rispetto delle garanzie procedurali e sostanziali

⁶⁴³ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 184.

⁶⁴⁴ Limitatamente alle materie disciplinate dal regolamento istitutivo di Frontex.

⁶⁴⁵ Ciò si evince dagli accordi conclusi dagli Stati membri con paesi terzi nella materia *de qua*.

⁶⁴⁶ Dopo aver concluso l'accordo operativo con Frontex nel 2007, l'Ucraina è stata il fulcro dell'operazione congiunta *Five Borders 2008*, ospitata da Polonia, Ungheria, Romania, Slovacchia e coordinata, per l'appunto, da Frontex, con l'obiettivo di rafforzare la capacità di controllo delle autorità ucraine nelle cinque porzioni della frontiera che tale paese terzo condivide con Stati membri dell'Unione. Ciò ha, di fatto, condotto alla costruzione, lungo tali confini, di *transit processing centres*, in cui sono detenuti, secondo i rapporti di varie organizzazioni non governative in condizioni inumane e degradanti, i migranti intercettati nell'atto di attraversare, in maniera non consentita, il confine tra l'Ucraina e l'Unione.

⁶⁴⁷ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 186.

previste dal diritto dell'Unione in materia di protezione internazionale e di non respingimento⁶⁴⁸.

Così, diviene evidente l'esigenza di trasparenza⁶⁴⁹ e di controllo dell'attività esterna dell'Agenzia⁶⁵⁰. Invece, anche dopo l'adozione del regolamento modificativo nel 2011, la supervisione sugli accordi di lavoro di Frontex da parte del Parlamento europeo non si è tradotta, come si è detto, in una forma di controllo democratico effettivo.

Qualche progresso si è invece avuto sul piano della trasparenza, dato che il contenuto degli accordi operativi, elencati sul sito ufficiale dell'Agenzia, è stato reso pubblico nell'estate 2014⁶⁵¹, peraltro a seguito di una decisione del Consiglio di amministrazione adottata per conformarsi alle raccomandazioni del Mediatore europeo⁶⁵².

Concludendo, è possibile considerare come l'azione esterna di Frontex, formalmente di natura tecnica, presenti alcuni tratti tipici della politica estera⁶⁵³: primo fra tutti l'obiettivo di traslare il confine esterno dell'Unione nel Sahara (a Sud), al confine turco-iraniano (a Sud-Est) e sugli Urali (ad Est)⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ Per ulteriori rilievi, V. MORENO - LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, pag. 174 ss.

⁶⁴⁹ L'obbligo di operare «nel modo più trasparente possibile» è un obbligo generale che incombe sugli organi, sugli organismi e sulle istituzioni dell'Unione in conseguenza del diritto primario, come si evince dall'art. 15 (1) TFUE.

⁶⁵⁰ Comitato economico e sociale europeo, parere d'iniziativa del 6 marzo 2014, Sull'immigrazione irregolare via mare nella regione euromediterranea, punto 1.10 «le operazioni congiunte effettuate sotto il coordinamento dell'Agenzia (e le loro ripercussioni sui diritti fondamentali e sulle garanzie amministrative previste nel Codice frontiere) devono essere oggetto di un controllo democratico da parte del Parlamento e dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali».

⁶⁵¹ Disponibili su sito di Frontex. In ogni caso, gli accordi non sono pubblicati nella versione originale e sono mancanti di alcune parti. Gli originali sono consultabili su previa richiesta motivata all'Agenzia.

⁶⁵² Il Mediatore europeo indaga sulle denunce relative a casi di cattiva amministrazione da parte delle istituzioni o di altri organi dell'UE. Le denunce possono essere presentate da cittadini o residenti dei paesi dell'UE o da associazioni o aziende con sede nell'UE. Mediatore europeo, *European Ombudsman's Decision of 26 September 2013 closing own inquiry OI/13/2012/MHZ*. Le raccomandazioni del Mediatore, nell'ambito di questa inchiesta, riguardano soprattutto il profilo dell'accesso pubblico alle informazioni e quello della trasparenza delle procedure di selezione del personale.

⁶⁵³ Sebbene Frontex tenda ad autorappresentarsi come un'agenzia tecnica, che programma la sua attività sulla base di analisi dei rischi che nulla hanno a che vedere con la politica e la diplomazia, in realtà la sua è un'attività intrinsecamente politica che si svolge in un ambiente complesso, costituito da «formazioni regionali» in cui i rapporti bilaterali tra paesi membri e paesi vicini si intrecciano con il ruolo giocato dalle politiche europee nel costruire una zona di frontiera molto articolata.

⁶⁵⁴ *The De-territorialisation on the External Border*, in *Frontexwatch*, 23 gennaio 2014.

Seguentemente verranno analizzate le maniere attraverso le quali Frontex si propone di realizzare l'esternalizzazione dei controlli alla frontiera⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 187.

6. IL CONTROLLO DEI VALICHI DI FRONTIERA E DELLO SPAZIO DI FRONTIERA

Con circa 45.000 km di coste, 11.700 km di confini terrestri e oltre 2.400 punti di accesso fra porti, aeroporti internazionali e valichi terrestri gestiti da 28 governi diversi, l'organizzazione di un controllo della frontiera europea è un'impresa tutt'altro che agevole.

Frontex è stata chiamata a sviluppare una strategia comune di gestione integrata dei confini. I pattugliamenti in mare nei pressi della frontiera meridionale d'Europa, dal punto di vista budgetario, sono il *core business* di Frontex⁶⁵⁶. Il codice delle frontiere Schengen distingue tra le attività di controllo da effettuarsi *ai* valichi di confine⁶⁵⁷ (la cosiddetta "polizia dei flussi") e le attività di sorveglianza da svolgersi *tra* i valichi (la cosiddetta "polizia degli spazi di frontiera") lasciando intendere che queste ultime abbiano uno scopo territoriale più ampio, non limitato al presidio dei margini dell'area Schengen., spingendosi in molti casi fino alla giurisdizione domestica dei paesi terzi vicini.⁶⁵⁸

Laddove il codice definisce le strategie di sorveglianza, esso elenca numerose attività che non hanno luogo alle frontiere esterne così come sono definite dall' art. 2 (2), ma che si estendono fino ad includere le acque internazionali e, in presenza di accordi in tal senso, anche nelle acque territoriali di paesi terzi⁶⁵⁹.

Per quanto riguarda il controllo del *flusso* di passeggeri in movimento verso lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Commissione ha puntato da un lato alla facilitazione del movimento delle persone attraverso i confini al fine di favorire lo sviluppo economico, dall'altro

⁶⁵⁶ V. Frontex, *Annual Work Programme 2014*, pag. 36 ss.; *Frontex Budget 2013*, pag. 3.

⁶⁵⁷ La "polizia dei flussi" si svolge nei principali snodi logistici delle comunicazioni e del trasporto globale (aeroporti, stazioni ferroviarie, valichi terrestri, porti internazionali).

⁶⁵⁸ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 131.

⁶⁵⁹ Codice frontiere Schengen, par. 3 (1) (1). Sul tema, V. M. HEIJER, *Europe Beyond its Borders*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, 2010, Leiden, pag. 178; A. BALDACCINI, *Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, 2010.

all'inasprimento dei controlli nei confronti di fasce di viaggiatori "a rischio".

Si è dunque fatta strada l'idea di "confine intelligente", al fine di garantire al meglio l'equilibrio tra libertà e sicurezza nella gestione dei confini. È difatti irrealistico imporre il medesimo tipo di controlli a tutti i cittadini dei paesi terzi, a meno di non supporre un aumento esponenziale dei mezzi impiegati e un rallentamento considerevole del flusso in ingresso.

La polizia della frontiera viene così chiamata ad operare un controllo selettivo, distinguendo la popolazione in movimento a seconda del livello di rischio che essa presenta. Lo strumento più antico per operare tale differenziazione è stato il passaporto, rafforzato poi dal sistema dei visti, utilizzato dagli Stati sin dagli anni Venti del XX secolo per esercitare un controllo a distanza sulle persone in ingresso⁶⁶⁰.

La logica del "confine intelligente" impone non solo di identificare, ma anche di classificare e selezionare le circolazioni legittime e quelle a rischio. Tale processo può avvenire solamente attraverso lo sviluppo e l'interoperatività dei database esistenti e la creazione di nuove banche dati a disposizione della polizia di frontiera europea⁶⁶¹. Vengono così creati dei profili di soggetti a rischio rivolti verso il futuro, che distinguono le persone sulla base di supposizioni statistiche circa il loro comportamento a venire⁶⁶².

La progressiva liberalizzazione della politica dei visti, per decenni la più tipica delle forme di discriminazione tra paesi, implica che l'attenzione

⁶⁶⁰ Il visto costituisce l'autorizzazione all'ingresso che le rappresentanze diplomatiche all'estero concedono agli stranieri prima ancora che questi comincino il loro viaggio, seppur il semplice possesso del visto non garantisca l'attraversamento della frontiera. Oggigiorno l'accoppiata passaporto/visto viene affiancata dalla tecnologia biometrica, attraverso la quale viene stabilito un collegamento tra l'individuo concreto e il suo doppio informatico rappresentato dalla massa di informazioni sul soggetto contenute nelle banche dati a disposizione della polizia di frontiera. Ad ogni modo la tecnologia biometrica viene utilizzata solo da parte di alcuni paesi, segnatamente quelli occidentali. Il ricorso a tale tecnologia rappresenta la tendenza alla securizzazione dell'identità. I documenti dei paesi che non fanno ricorso a tale tecnologia saranno sempre sospetti di essere falsi, o facilmente falsificabili.

⁶⁶¹ La vertiginosa espansione del numero di persone soggette a sorveglianza, potenzialmente tutte le centinaia di milioni di stranieri che attraversano annualmente la frontiera Schengen, trasforma il confine in un articolato strumento di differenziazione sociale. Incrociando varie banche dati e mettendo in relazione tra di loro informazioni che prese singolarmente non avrebbero alcun significato, viene effettuato il calcolo del rischio (dell'immigrazione illegale).

⁶⁶² G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 139.

si rivolga non più al paese di origine del soggetto, bensì verso bersagli selezionati per mezzo delle analisi delle caratteristiche personali dei singoli⁶⁶³.

Il nuovo regime di controllo basato sull'idea del "confine intelligente" rappresenta l'affermarsi di un'idea di sorveglianza in base alla quale la selezione degli individui da fermare, perquisire ed eventualmente respingere può essere svolta ancor prima che la polizia di frontiera incontri fisicamente lo straniero, incrociando le informazioni personali fornite dagli individui o contenute nei loro documenti con quelle contenute nelle banche dati e nei profili di rischio da queste derivati⁶⁶⁴.

Coloro il cui profilo si avvicina a quello del viaggiatore "a rischio" finiranno per subire pesanti restrizioni alla loro mobilità, senza peraltro avere la possibilità di contestare la qualificazione che gli viene affibbiata, in quanto il loro profilo viene determinato artificialmente da fonti informative che l'individuo non è in grado di dominare e controllare. Tutto ciò crea in sostanza nuove forme di gerarchizzazione sociale tra: (a) una popolazione che gode di accesso rapido al confine; (b) coloro che riescono a raggiungere il confine ma sono sottoposti a intensi controlli, correndo anche il rischio di essere rispediti verso il paese di provenienza o di transito; (c) coloro che non riusciranno mai a raggiungere il confine, i quali hanno a disposizione come unica strategia di mobilità l'attraversamento clandestino della frontiera⁶⁶⁵.

I dati sulle persone respinte o intercettate ai valichi di frontiera nel 2014 segnalano come coloro cui la polizia della frontiera europea offre minori credenziali di accesso siano proprio quelli che presentano i maggiori bisogni di protezione internazionale.⁶⁶⁶ Così considerando

⁶⁶³ Tuttavia, il 2015 ha visto una diminuzione dei visti Schengen a breve termine rispetto al 2013 e al 2014, come conseguenza del minor numero di visti rilasciati ai cittadini russi e ucraini. Se si escludono questi due paesi però, si può considerare come vi sia un aumento dell'11% dei visti emessi.

⁶⁶⁴ I "confini intelligenti" vanno dunque a creare nuove forme di differenziazione sociale basate sulle credenziali di mobilità di cui gli individui godono, distinguendo tra un'élite di viaggiatori "fidati", che si rende trasparente allo sguardo della polizia di frontiera e una sottoclasse cui viene imposta un'identità artificialmente prodotta dagli strumenti di sorveglianza che servono a monitorarne costantemente la mobilità.

⁶⁶⁵ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 143.

⁶⁶⁶ Dati 2014 Frontex sulle nazionalità dei cittadini respinti alla frontiera o intercettate nel tentativo di attraversarla irregolarmente: Siria: 79.169, Eritrea 34.586, Afghanistan 22.132, Ucraina 16.809, Albania

diviene possibile iniziare un'analisi sui flussi dei soggetti che, in base alle nuove tecnologie di protezione della frontiera, sono obbligati ad utilizzare canali non ufficiali per fare il loro ingresso nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso gli spazi di frontiera.

Il flusso ha subito un aumento vertiginoso a partire dal 2011, all'indomani delle c.d. "primavere arabe", quando il Mediterraneo è divenuto oggetto di un movimento di migranti senza precedenti⁶⁶⁷. Ciò che le istituzioni europee hanno offerto ai vicini nordafricani in cambio della loro collaborazione nel controllo dei flussi era in sostanza un meccanismo condizionale che offriva facilitazioni nel movimento di alcune categorie di soggetti (ricercatori, uomini d'affari, turisti) in cambio di un controllo più stretto sui movimenti delle fasce sociali marginali e dei migranti irregolari in transito.

Allo stesso tempo però, come analizzato al paragrafo 5.1 del presente capitolo, una seconda dialettica ha preso il sopravvento sulla prima, quella che mirava a trasformare la politica di vicinato in un capitolo delle politiche di sicurezza. Si puntò a creare un sistema di paesi "ben governati" sulla sponda meridionale del Mediterraneo, capaci di controllare la diffusione di potenziali pericoli e minacce per l'Unione all'interno dei loro confini. La politica di vicinato doveva servire all'Unione per trasformare i suoi problemi di sicurezza in una questione regionale di cui erano chiamati ad occuparsi anche i paesi vicini, in cambio di un avvicinamento progressivo all'Unione⁶⁶⁸.

L'esternalizzazione, delle politiche di controllo delle migrazioni necessitava di un rafforzamento del controllo delle frontiere attraverso la cooperazione con i paesi vicini, oltre che con i futuri membri, attraverso azioni come il *capacity building*, la cooperazione di polizia e gli accordi di riammissione. Ovviamente tale politica ha sortito buoni effetti nei confronti di quei paesi che erano candidati all'ingresso nell'Unione mentre

12.999, Russia 10.776, Mali 10.575, ecc. Totale 398.419.

⁶⁶⁷ Le rivolte in Tunisia e in Egitto inizialmente, e in seguito le guerre civili in Libia e in Siria innestarono spinte migratorie che riaprirono, a forza, le rotte dirette in Europa.

⁶⁶⁸ La politica di vicinato veniva dunque totalmente subordinata al raggiungimento di obiettivi in materia di giustizia e sicurezza e affari interni, in particolare per quanto riguarda la lotta contro il crimine organizzato e la corruzione, il riciclaggio di denaro e tutte le forme di traffici illeciti, nonché le questioni relative alla migrazione.

nel caso dei paesi senza prospettiva di adesione, come quelli nordafricani, si è rivelato necessario l'approntamento di incentivi al fine di convincerli a svolgere il ruolo di *gate keepers*⁶⁶⁹.

L'Unione ha allora, come detto, puntato su politiche di facilitazione, in alcuni casi di liberalizzazione, nella concessione di visti per turisti, studenti e uomini d'affari, in cambio di una rinnovata cooperazione nel contrasto all'immigrazione irregolare. Tale strumento di "condizionalità migratoria" ha tuttavia un duplice effetto discriminatorio. Esso discrimina in primo luogo tra i paesi, dato che non tutti i vicini ottengono le medesime credenziali di mobilità, ma discrimina soprattutto fra le persone, rafforzando la differenziazione tra una *élite* sociale che gode di maggiori possibilità di accesso allo spazio europeo e una sottoclasse immobilizzata affidata alle "cure" delle polizie di frontiera dei paesi terzi⁶⁷⁰.

All'indomani dello sconvolgimento che le primavere arabe hanno creato sulla sponda meridionale e orientale del Mediterraneo, è possibile considerare come tali politiche di esternalizzazione del controllo, rivolte principalmente verso i paesi di transito dei flussi migratori, si siano rivelate fallimentari, oltre che lesive dei diritti umani.

Invece di puntare all'eradicazione dei *push factors* attraverso la cooperazione allo sviluppo rivolta ai paesi di origine della migrazione, si è preferito porre un "tappo" all'ingresso dell'Unione, con conseguenze che notiamo oggi e che sicuramente noteremo in futuro.

6.1 LE OPERAZIONI CONGIUNTE DI FRONTEX

Come visto, la gran parte del budget dell'Agenzia viene destinato alle operazioni congiunte d'interdizione dell'immigrazione irregolare, in particolar modo di quelle marittime. La pianificazione delle operazioni congiunte alla frontiera avviene a partire dalle analisi di rischio, condotte

⁶⁶⁹ Appare chiaro, peraltro, che la produzione della zona cuscinetto a protezione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia sia stata realizzata legittimando regimi autoritari, cui sono stati forniti strumenti coercitivi di repressione prontamente utilizzati nel contrasto all'immigrazione irregolare.

⁶⁷⁰ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 167.

dall'Agenzia stessa, e dalle priorità individuate nei progetti pilota⁶⁷¹. Il loro svolgimento viene determinato dalla disponibilità degli Stati a contribuire mediante l'invio di uomini e mezzi⁶⁷² e dal piano operativo⁶⁷³.

È di grande importanza analizzare il ruolo dello Stato membro ospitante un'operazione congiunta coordinata da Frontex. In primo luogo, tale Stato è responsabile sulla definizione dei contenuti del piano operativo e sulla corretta attuazione dello stesso⁶⁷⁴. Inoltre, è lo Stato membro ospitante che istruisce le guardie di frontiera degli altri Stati membri partecipanti⁶⁷⁵ e che è responsabile «*dei danni eventuali da loro causati nell'esercizio delle loro funzioni*»⁶⁷⁶, sicché gli agenti distaccati degli altri Stati membri partecipanti «*possono svolgere compiti ed esercitare competenze esclusivamente agli ordini delle guardie di frontiera dello Stato membro ospitante e, di norma, in loro presenza*»⁶⁷⁷.

Gli agenti devono, inoltre, rispettare un codice di condotta⁶⁷⁸ e il divieto di *refoulement*⁶⁷⁹, divieto che implica non solo che i migranti non possano essere sbarcati o altrimenti consegnati alle autorità del luogo da cui fuggono, ma anche che ne sia valutata la situazione personale ai fini dell'accesso alla protezione internazionale⁶⁸⁰. Anche la decisione di

⁶⁷¹ I progetti pilota, che non sono definiti dal regolamento istitutivo (così come non lo sono le operazioni congiunte), sono alla base delle operazioni congiunte perché ne costituiscono la parte strutturale (V. ad es. il progetto pilota per il Mediterraneo o per l'Atlantico).

⁶⁷² Gli Stati membri che hanno fatto registrare una più attiva partecipazione alle operazioni congiunte coordinate da Frontex sono: Austria, Lituania, Repubblica ceca, Germania, Estonia, Francia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica slovacca, Spagna, Norvegia, Regno Unito. V. Commissione europea, *Practical Measures to Reduce Irregular Migration*, European Migration Network, ottobre 2012, pag. 42.

⁶⁷³ Il piano operativo definisce il teatro dell'operazione, il personale impiegato e le risorse a disposizione, nonché le regole d'ingaggio degli ufficiali coinvolti nella missione, che operano nel rispetto del codice frontiere Schengen, al comando dello Stato membro ospitante.

⁶⁷⁴ Ai sensi dell' art. 3 - bis (1) (f) (k) (j) del regolamento istitutivo di Frontex, il piano operativo viene concordato con il Direttore esecutivo e «copre tutti gli aspetti considerati necessari per la realizzazione dell'operazione congiunta», compresi quelli concernenti il comando e il controllo, le modalità di cooperazione con i paesi terzi e, «per le operazioni in mare, informazioni specifiche riguardanti la giurisdizione e la legislazione applicabili nell'area geografica in cui si svolge l'operazione congiunta o il progetto pilota, compresi i riferimenti al diritto dell'Unione e internazionale in materia di intercettazione, soccorso in mare e sbarco».

⁶⁷⁵ Regolamento istitutivo di Frontex, art. 3 - quater (2).

⁶⁷⁶ Ibidem, art. 10 - ter (1). Per quanto concerne la responsabilità penale, gli agenti distaccati sono assimilati agli agenti dello Stato membro ospitante (art. 10 - quater).

⁶⁷⁷ Ibidem, art. 10 (3) e art. 1 - bis (6).

⁶⁷⁸ Adottato dal Direttore esecutivo dell'Agenzia nel 2011. Frontex, *Decision of the Executive Director 24/2011, Code of Conduct for all persons participating in Frontex activities*, Warsaw, 2011.

⁶⁷⁹ Espressamente sancito nell'art. 2 (1 - bis) del regolamento istitutivo di Frontex.

⁶⁸⁰ V. Corte di Cassazione, ordinanza del 25 marzo 2015, n. 5926, che ha dichiarato illegittimo il decreto di respingimento di una cittadina nigeriana soccorsa in mare da personale della Marina militare e sbarcata sul

respingimento alla frontiera esterna⁶⁸¹, adottata durante un'operazione congiunta di interdizione dell'immigrazione irregolare, è imputabile allo Stato membro ospitante. Inoltre, il consenso di tale Stato è necessario per invitare gli osservatori dei paesi terzi a partecipare all'operazione⁶⁸².

Ne segue che, come verrà approfonditamente analizzato *infra*, la violazione dei diritti dell'uomo, intervenuta nel corso di un'operazione congiunta coordinata dall'Agenzia, non possa che essere imputata agli Stati partecipanti, e principalmente allo Stato membro ospitante, non potendo Frontex, in ragione dei limiti del proprio mandato⁶⁸³, materialmente violare i diritti umani⁶⁸⁴. Tuttavia, la dilatazione del mandato di Frontex avvenuta negli ultimi anni non è stata accompagnata da uno sforzo di sistematica ricostruzione delle rispettive responsabilità degli attori in relazione alle condotte poste in essere nell'ambito delle operazioni da essa coordinate⁶⁸⁵.

Risulta pertanto rilevante, passare in rassegna le varie modalità attraverso le quali vengono poste in essere le operazioni congiunte di interdizione marittima, non solo nell'ambito dell'Agenzia, volte al contrasto del traffico di migranti per mare:

- ***Shiprider arrangements***: si tratta di uno strumento per coniugare l'interesse di uno Stato di prevenire il traffico di migranti (generalmente con maggiori risorse) con quello dello Stato che ha la giurisdizione nella porzione di mare rilevante. Sebbene possano avere varie forme, tali accordi generalmente autorizzano un ufficiale dello Stato che ha la giurisdizione

territorio italiano priva di documenti, in quanto costei non era stata informata sulla possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale.

⁶⁸¹ Tale decisione colpisce, salvi i casi in cui operano particolari considerazioni di carattere umanitario, lo straniero che non soddisfa le condizioni per il soggiorno negli Stati Schengen e che non è in possesso di un valido documento o di visto (art. 12 codice frontiere Schengen), deve essere eseguita nel rispetto delle norme relative al diritto d'asilo e della dignità umana della persona oggetto della decisione avverso la quale deve essere comunque possibile proporre un ricorso, che non ha, però, effetto sospensivo (art. 13 codice frontiere Schengen).

⁶⁸² Regolamento istitutivo di Frontex, artt. 13 e 14.

⁶⁸³ La stessa Commissione ribadisce che «*Frontex cannot impose any activity on the territory or at the border of a Member State without the consent of that Member State*». Cfr. Commissione europea, SEC (2010)149, pag. 40.

⁶⁸⁴ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 198.

⁶⁸⁵ Sulla problematicità dell'imputazione delle condotte nell'ambito delle politiche di esternalizzazione dei controlli migratori v. Ufficio dell'Alto Commissariato per i diritti umani (OHCHR), *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants Concludes his Third Country Visit in his Regional Study on the Human Rights of Migrants at the Border of the European Union: Italy*, Roma, 8 ottobre 2012. In dottrina V. B. MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee Protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, New York, pag. 75 ss.

(Stato A) ad imbarcarsi su una nave militare dello Stato che vuole prevenire il flusso migratorio (Stato B). L'ufficiale dello Stato A potrà autorizzare l'interdizione di un'imbarcazione che traffica migranti all'interno delle acque territoriali del proprio Stato e applicare le relative leggi⁶⁸⁶.

- ***Pattugliamenti congiunti***: si tratta di un'evoluzione degli *shiprider arrangements* sopra considerati. L'accordo, in questo caso, prevede che interdizione marittima sia posta in essere da navi militari controllate da entrambi gli Stati parte. Ne è un esempio l'accordo del 2007 tra Italia e Libia⁶⁸⁷. Le stesse modalità di pattugliamento furono oggetto degli accordi tra la Spagna e vari Stati africani, in particolare Marocco, Mauritania e Senegal utilizzati in seguito da Frontex per estendere il raggio d'azione delle operazioni di controllo della frontiera nel Mediterraneo occidentale e nell'Atlantico⁶⁸⁸.
- ***Pattugliamenti congiunti mediante un meccanismo di coordinamento***: si tratta delle operazioni di pattugliamento congiunto poste in essere da Frontex nell'attività di controllo delle frontiere marittime. I pattugliamenti congiunti in questione generalmente comprendono mezzi messi a disposizione da più Stati membri. Come visto *supra*, il consenso all'estensione del raggio d'azione delle operazioni di Frontex alle acque territoriali degli Stati terzi viene ottenuto attraverso accordi bilaterali sottoscritti dal singolo Stato membro interessato;
- ***Consenso dello Stato costiero/di bandiera***: lo Stato costiero può autorizzare, nell'esercizio della propria sovranità, navi militari di Paesi terzi a svolgere attività di interdizione marittima nel proprio mare territoriale. Allo stesso modo, lo Stato di bandiera dell'imbarcazione sospettata di trafficare migranti può autorizzare un altro Stato a svolgere attività di interdizione sull'registrata presso i propri registri.

Qualunque siano le modalità degli accordi bilaterali mediante i quali si esternalizza il controllo della frontiera marittima, vengono sollevate alcune

⁶⁸⁶ Ad es. negli accordi USA - Stati caraibici considerati al paragrafo 5.1 del primo capitolo.

⁶⁸⁷ Italia e Libia si accordarono per operare pattugliamenti congiunti nel Canale di Sicilia e nelle acque territoriali libiche mediante navi con equipaggi misti di pari numero e esperienza. V. paragrafo 6.4 del primo capitolo.

⁶⁸⁸ V. paragrafo 5.2 del primo capitolo.

questioni giuridiche, in particolare relativamente al controllo e alla responsabilità. Difatti, sebbene siano vari gli strumenti europei ed internazionali che tendono a favorire un regime cooperativo fra gli Stati, anche lo Stato che presta il proprio consenso alle attività di interdizione poste in essere da un altro Stato può essere ritenuto responsabile per gli atti illeciti da quest'ultimo commessi nell'esercizio dei poteri giurisdizionali concessigli. Inoltre, è bene ricordare che, sia per i pattugliamenti congiunti che per i *shiprider arrangements*, gli Stati sono solidalmente responsabili per gli atti illeciti commessi durante le operazioni di interdizione⁶⁸⁹.

Il controllo delle migrazioni via mare è una delle questioni dove la tensione tra esigenze umanitarie di protezione dei diritti di migranti e richiedenti asilo, da un lato, e l'obiettivo degli Stati di controllare i propri confini per tenere a distanza la minaccia della criminalità organizzata transnazionale e dei traffici illeciti, dall'altro, si è negli ultimi anni fatta maggiormente acuta.

La questione è resa ancora più complessa dal fatto che la gestione e il controllo delle frontiere marittime è regolata da un complesso quadro normativo che gli Stati tentano di manipolare a proprio vantaggio per aumentare la loro capacità di controllare i movimenti transnazionali indesiderati⁶⁹⁰.

Negli ultimi trent'anni i paesi occidentali hanno sistematicamente fatto ricorso ad operazioni di interdizione marittima in acque internazionali per estendere il la sfera territoriale del controllo della frontiera ed intercettare i migranti prima che questi possano raggiungere la loro giurisdizione domestica, o addirittura intraprendere il viaggio⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Tali principi di responsabilità condivisa sono stati ripetutamente definiti dalla giurisprudenza sui diritti umani relativa all'interdizione marittima. Il fatto che vi sia uno Stato terzo coinvolto nelle operazioni di interdizione non esonera di certo lo Stato agente dalla responsabilità per gli atti illeciti. Difatti, nella sentenza *Hirsi*, la Corte di Strasburgo ha ricordato come «*l'Italia non può liberarsi della sua responsabilità invocando gli obblighi derivanti dagli accordi bilaterali con la Libia. Infatti, anche ammesso che tali accordi prevedessero espressamente il respingimento in Libia dei migranti intercettati in alto mare, gli Stati membri rimangono responsabili anche quando, successivamente all'entrata in vigore della Convenzione e dei suoi Protocolli nei loro confronti, essi abbiano assunto impegni derivanti dai trattati*». Sentenza *Hirsi*, par. 129.

⁶⁹⁰ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 149.

⁶⁹¹ Ciò è stato realizzato, come visto ai paragrafi 5.1 5.2 e 6.4 del primo capitolo, stipulando accordi di cooperazione bilaterale con paesi come Haiti, l'Albania o l'Indonesia, oppure dichiarando l'extraterritorialità delle unità navali impegnate nei pattugliamenti e dei centri in cui venivano "accolti" coloro che non

In breve, ciò che tale prassi di controllo delle frontiere marittima ha cercato di realizzare è una disgiunzione dello spazio della sovranità (poteri) dallo spazio dei diritti (oneri)⁶⁹². Se, dunque, le attività di controllo della frontiera si possono esternalizzare, ne consegue che anche gli obblighi internazionali seguiranno l'attività di controllo dei confini ovunque essa venga effettuata⁶⁹³.

La questione risiede nelle prassi di controllo della frontiera euro-mediterranea adottate dai paesi membri (in particolare Spagna, Italia e Grecia) spesso in collaborazione con Frontex. Come visto, l'obiettivo principe della gestione integrata delle frontiere europee si basa in larga parte sulla cooperazione con i paesi terzi di provenienza e/o di transito e punta decisamente all'esternalizzazione delle attività di pattugliamento.

Frontex svolge la sua azione all'interno di tali formazioni geopolitiche regionali e, benché l'obiettivo sia quello di costituire una frontiera omogenea, emergono diversi *regimi locali di controllo*⁶⁹⁴ della frontiera costruiti a partire da tre fattori principali: in primo luogo le caratteristiche geo-morfologiche del tratto di frontiera in cui si svolge l'azione, in secondo luogo le relazioni tra i paesi confinanti, in terzo luogo le capacità istituzionali dei principali paesi membri situati lungo la frontiera europea⁶⁹⁵.

Frontex è stretta tra la volontà degli Stati di controllare i movimenti migratori e dalla parallela resistenza dei migranti che, in risposta all'aumento della sorveglianza, cercano sempre nuovi percorsi, come accaduto con lo scivolamento verso est delle rotte migratorie a partire dalle prime operazioni di Frontex nei pressi delle isole Canarie. Dal 2008 in poi

potevano essere respinti verso i paesi di provenienza, con l'evidente obiettivo di aggirare gli obblighi che l'esercizio di sovranità implica in relazione ai diritti umani di migranti e potenziali richiedenti asilo. V. S. H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Program*, in *International Journal of Refugee Law*, 18 2006, pag. 677-695.

⁶⁹² A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 397.

⁶⁹³ G. CAMPESI, *Il controllo della frontiera euro-mediterranea tra esigenze umanitarie e spinte securitarie: le ragioni di una crisi*, 2015, pag. 11.

⁶⁹⁴ B. KASPAREK, F. WAGNER, *Local Border Regimes or a Homogeneous External Border? the Case of the European Union's Border Agency Frontex*, in G. PÉCOUD (ed.), *The New Politics of International Mobility Migration Management and its Discontents*, Institut für Migration Forschung und Interkulturelle Studien, Universität Osnabrück, 2012, pag. 173-192; A. MOUNTZ, J. M. LOYD, *Constructing the Mediterranean Region: Obscuring Violence in the Bordering of Europe's Migration Crisis*, in ACME: an International E-Journal for Critical Geographies, 13, 2013, pag. 173-195.

⁶⁹⁵ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 150.

è infatti avvenuto uno spostamento della pressione migratoria verso il centro del Mediterraneo e ancora dopo verso il Mediterraneo orientale, man mano che le misure di contrasto rendevano più complessa la traversata del Canale di Sicilia.

Questo continuo spostamento delle rotte migratorie risponde a due fattori principali: in primo luogo alla stabilità, o instabilità, politica dei paesi di transito e in secondo luogo alle attività di controllo della polizia della frontiera europea. Tutto questo spiega come nel 2016, a fronte della chiusura della rotta balcanica avvenuta nei primi mesi dell'anno, si stia registrando un nuovo sostanziale aumento del flusso attraverso il Mediterraneo centrale. Il tentativo degli Stati di mettere in sicurezza il proprio territorio mediante la chiusura di una direttrice del flusso non fa altro che muovere la pressione migratoria verso un altro "punto d'ingresso".

Il presente studio vuole pertanto incentrarsi sull'analisi dei tratti essenziali dei principali regimi locali di controllo della frontiera e delle relative problematiche correlate: (i) l'Atlantico e il Mediterraneo occidentale; (ii) il Mediterraneo centrale e (iii) il Mediterraneo orientale e i Balcani.

6.1.1 L'OPERAZIONE HERA

Il regime di controllo della frontiera atlantica e del Mediterraneo occidentale è totalmente basato sulla Spagna e sui suoi rapporti con i Paesi vicini⁶⁹⁶.

A partire dagli anni novanta la tendenza è stata quella di un rafforzamento delle misure di controllo. Ciò è avvenuto parallelamente allo sforzo diplomatico da parte spagnola al fine di inserire la politica di controllo dell'immigrazione nelle relazioni con i Paesi vicini⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ La Spagna tuttavia conserva due piccole porzioni di confine terrestre con il Marocco intorno alle *enclaves* di Ceuta e Melilla (19 km e 13 km circa), oltre a una vasta frontiera marittima che si estende dal Mediterraneo fino all'Atlantico occidentale, di fronte alle isole Canarie.

⁶⁹⁷ Durante tale periodo, il governo spagnolo lanciò il cosiddetto *Sistema Integrado de Vigilancia Exterior* (SIVE), precorrendo i tempi nei sistemi di vigilanza marittima.

Parallelamente, anche le *enclaves* di Ceuta e Melilla si erano trasformate in uno dei principali punti d'ingresso nell'Unione⁶⁹⁸.

A partire dal 2002, cominciò poi a registrarsi un progressivo spostamento della pressione migratoria verso l'Atlantico occidentale e le isole Canarie. Nel 2006, quando più di 30,000 migranti partiti dalle coste della Mauritania e del Senegal approdarono alle Canarie, la Spagna si vide costretta a ripensare totalmente il suo approccio alla gestione dell'immigrazione irregolare nella regione. Il governo spagnolo si mosse in primo luogo estendendo gli strumenti di sorveglianza come il SIVE⁶⁹⁹ anche all'Atlantico occidentale⁷⁰⁰, in secondo luogo prevedendo l'impiego di pattuglie congiunte lungo le principali rotte migratorie, da realizzarsi in virtù degli accordi bilaterali di cooperazione tecnica stipulati con paesi come la Mauritania e il Senegal nel 2006⁷⁰¹.

In seguito, la Spagna invocò il supporto dell'Unione Europea nella gestione di quello che veniva definito come un afflusso eccezionale di migranti. Il richiamo all'emergenza spinse Frontex a lanciare *Hera*⁷⁰², la prima e per lungo tempo più costosa operazione congiunta alle frontiere marittime. *Hera* assunse i contorni di una vera e propria operazione di interdizione navale, addirittura estesa alle acque territoriali dei Paesi terzi con cui la Spagna aveva stipulato accordi di cooperazione⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Nel 2005 si registrò uno degli episodi più gravi, quando oltre 4,000 migranti sub-sahariani tentarono di forzare le barriere poste a protezione delle *enclaves* in una serie di "attacchi coordinati". Gli eventi, oltre a causare decine di morti anche in ragione della violenta risposta delle forze di sicurezza spagnole e marocchine, portarono ad una vera e propria militarizzazione del confine.

⁶⁹⁹ Si tratta del cosiddetto *Sistema Integrado de Vigilancia Exterior* (SIVE), un sistema elettronico di controllo dello Stretto di Gibilterra che combina unità terrestri, navali e aeree con la tecnologia più avanzata al fine di presidiare esaustivamente la zona dello stretto, la quale rimane la rotta naturale più breve per raggiungere il continente spagnolo.

⁷⁰⁰ Tale sistema venne inglobato in un più ampio progetto di cooperazione con i paesi terzi chiamato "*Seahorse*".

⁷⁰¹ Accordi simili vennero firmati anche con Gambia, Guinea, Capo Verde, Mali, Niger e Guinea Bissau. Tutti gli accordi prevedevano un capitolo specificamente dedicato alla cooperazione nella lotta alla criminalità transnazionale.

⁷⁰² Si possono tuttavia identificare tre fasi dell'operazione *Hera*: *Hera I* (17 luglio 2006 – 31 ottobre 2006); *Hera II* (11 agosto 2006 – 15 dicembre 2006); *Hera III* (12 febbraio 2007 – 12 aprile 2007)

⁷⁰³ Si consideri che, come si vedrà nel paragrafo 7, ogni operazione di Frontex in acque internazionali è soggetta alle norme di diritto internazionale applicabili, in particolare quella della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera in alto mare. Tuttavia, le missioni di Frontex nelle acque territoriali di altri Stati, oltre ad essere soggette al diritto internazionale, in particolare dei diritti umani e dei rifugiati, devono essere approvate dagli Stati costieri. Così, nella pratica, il consenso per l'estensione del campo d'azione delle operazioni Frontex alle acque territoriali di Paesi terzi viene accordato mediante accordi bilaterali conclusi tra lo Stato membro interessato e il Paese terzo. Per approfondire, V. paragrafo 11.1.

Le imbarcazioni intercettate durante l'operazione *Hera* venivano dirottate indietro verso il punto di partenza se fermate entro una certa distanza dalle coste africane, come indicato dagli accordi di cooperazione con Mauritania e Senegal. Le imbarcazioni che riuscivano a raggiungere l'alto mare venivano convinte a tornare indietro in un punto sicuro o scortate verso l'approdo più vicino. Ad ogni modo, un funzionario di polizia senegalese o mauritano era sempre a bordo delle imbarcazioni dei paesi membri impiegate ed era responsabile della misura di dirottamento⁷⁰⁴. I rapporti dell'agenzia non specificano quale sia stato il destino dei migranti rimpatriati verso il paese di provenienza, mentre numerosi dubbi sono stati sollevati sulle operazioni di pattugliamento congiunto coordinate da Frontex, le quali puntavano sostanzialmente a impedire la partenza dei migranti anticipando le attività di controllo fin dentro le acque territoriali dei Paesi terzi.

Tuttavia, sebbene tali pratiche possano essere legittimate dagli accordi bilaterali sottoscritti dalla Spagna con i Paesi costieri, doveva comunque essere assicurato il rispetto dei diritti umani fondamentali dei migranti, in particolare il principio di non respingimento.

Ad ogni modo, a partire dal 2006 la presenza di Frontex nell'area è andata costantemente incrementandosi: oltre all'operazione *Hera*, che ha assunto carattere permanente, l'Agenzia ha lanciato altre due operazioni nella zona del Mediterraneo Occidentale: *Indalo*⁷⁰⁵ e *Minerva*⁷⁰⁶,

Negli ultimi anni l'impegno di uomini e mezzi nella regione è andato scemando, soprattutto in ragione dello spostamento verso est della pressione migratoria⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Si consideri il cosiddetto "*Shiprider Model*", già analizzato al paragrafo 5.1 del primo capitolo. L'agenzia ha dichiarato che nel corso dell'operazione congiunta *Hera* sono state "riaccompagnate" verso le coste africane 3.887 nel 2006, 1.559 nel 2007 e 5.969 nel 2008, cui si aggiungono le circa 5.000 persone che, stando a quanto riferisce la comunicazione ufficiale di Frontex, nel 2006 sarebbero state "bloccate" prima che potessero intraprendere la traversata.

⁷⁰⁵ Allo scopo di sorvegliare il tratto di mare di fronte alla costa andalusa e alla costa di Levante.

⁷⁰⁶ Pur essendo centrata sul controllo dei porti dove approdano i principali traghetti provenienti dal Marocco (Almeria e Algeciras), *Indalo* prevede anche il supporto alle attività di sorveglianza nel tratto di mare di fronte alla *Costa da Luz* e alla *Costa del Sol*, oltre che nella zona circostante le *enclaves* di Ceuta e Melilla.

⁷⁰⁷ Nel 2015 sono stati solo 7.164 gli attraversamenti illegali della frontiera terrestre e marittima. È tuttavia la cooperazione tra Spagna e Marocco ad essere il fattore principale per il mantenimento della pressione migratoria a bassi livelli. Le stesse forze di sicurezza marocchine prevengono sporadici tentativi dei migranti di scavalcare la barriera di filo spinato intorno al confine terrestre delle *enclaves*, rafforzato dopo

In ultima analisi, è possibile sostenere che la Spagna abbia avuto un ruolo pionieristico nello sviluppare insieme a Frontex un modello operativo per il pattugliamento delle frontiere marittime basato sulla collaborazione dei paesi terzi e l'esternalizzazione del controllo verso la loro giurisdizione domestica.

Spostando il pattugliamento della frontiera marittima all'interno delle acque territoriali dei paesi di transito nessun cittadino di stati terzi può raggiungere il territorio dell'Unione. Un modello che Frontex avrebbe tentato di replicare anche nelle altre regioni della frontiera meridionale d'Europa⁷⁰⁸.

6.1.2 NAUTILUS, MARE NOSTRUM E TRITON

Per la sua conformazione geografica, con i confini di terra con Francia, Svizzera, Austria e Slovenia e 7,600 km di coste in posizione centrale nel mar Mediterraneo, l'Italia è divenuta dai primi anni Novanta un territorio di arrivo e di transito per persone che viaggiano senza documenti, spesso dirette in altri paesi europei. Il fenomeno ha raggiunto recentemente dimensioni mai toccate⁷⁰⁹.

Il regime di controllo della frontiera in quest'area si basa sul ruolo dell'Italia e di Malta. Sono tuttavia le coste libiche e tunisine quelle che negli ultimi anni sono un punto di partenza per i migranti provenienti dal Corno d'Africa e dall'Africa sub-sahariana

gli eventi del 2005.

⁷⁰⁸ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 176.

⁷⁰⁹ Gli sbarchi in Italia si sono moltiplicati soprattutto con le grandi migrazioni che seguirono la fine del blocco sovietico, la guerra nella ex Jugoslavia e la crisi balcanica, da cui si ebbe l'apertura delle rotte da Albania e Montenegro. In Albania i trafficanti avevano messo a punto un sistema molto ben organizzato che prevedeva garanzie per chi viaggiava, ad esempio il diritto a un secondo viaggio in caso di fallimento del primo. L'attraversamento del Canale di Otranto avveniva con gommoni, barche e navi di diversa grandezza. Sempre negli anni Novanta facevano invece rotta sulla Sicilia, partendo dalla Tunisia, barche cariche di migranti tunisini, mentre altre navi in arrivo dallo Sri Lanka, con passeggeri di regioni più remote (Bangladesh e India, ma anche profughi afgani) approdavano a Catania e sulle coste orientali della Sicilia. Nello stesso periodo, ancora, migliaia di profughi, soprattutto curdi, iracheni e afgani, partivano su caicchi dalle coste turche o dal Mar Nero e raggiungevano la Calabria o la Puglia. L'organizzazione dei viaggi diretti alle coste italiane avveniva quindi, sin dall'inizio, in paesi diversi, in circostanze diverse. Per approfondire, V. P. MONZINI, *Schengen's Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders in Italy* in *International Migration*, 44 2009.

A partire dal 2001, si è registrato un crescente afflusso di migranti sulle coste della Sicilia e nell'isola di Lampedusa, probabilmente il luogo più simbolico del controllo delle migrazioni nell'Europa contemporanea⁷¹⁰. In tale situazione, l'Italia ha sviluppato forme di cooperazione mirate al contrasto dell'immigrazione irregolare con i principali paesi nord-Africani simili a quelle allacciate con l'Albania nella seconda metà degli anni novanta⁷¹¹. Tuttavia, mentre Egitto, Tunisia, Algeria e Marocco si dimostrarono disponibili a cooperare con la polizia della frontiera italiana, accettando di contribuire al pattugliamento delle loro coste e il rimpatrio dei migranti intercettati, la Libia si rivelò un partner molto più problematico.

Inizialmente spinto dagli esperti trafficanti tunisini, il traffico a partire dalla Libia si sviluppa incontrastato fino a fine 2007, quando dopo anni di alterne trattative con il regime di Gheddafi venne messo a punto un accordo che prevedeva l'impegno del governo libico nell'impedire le partenze e la sua cooperazione con le autorità italiane nelle pratiche di respingimento di migranti e di richiedenti asilo in mare⁷¹², pratiche che saranno poi condannate dalla Corte europea dei diritti umani⁷¹³. Allo stesso tempo l'Italia cercò di inscrivere i suoi rapporti bilaterali con la Libia in un contesto sempre più europeo.

Così, l'Unione tornò ad intrattenere relazioni diplomatiche con la Libia, esplorando la possibilità di avviare un dialogo sull'immigrazione con il paese⁷¹⁴. Fu in questo contesto che Frontex cercò di coinvolgere il regime di Gheddafi nelle attività di contrasto all'immigrazione irregolare via mare.

Una delle prime operazioni a partire fu *Nautilus*, ospitata inizialmente da Malta e poi congiuntamente da Malta e Italia, per un costo

⁷¹⁰ Al 2005 erano 20,000 i migranti sbarcati in Sicilia, cifra destinata poi ad aumentare vertiginosamente a seguito dell'intensificarsi della sorveglianza nella regione dell'Atlantico e del Mediterraneo occidentale fino ad arrivare ai 40,000 sbarchi del 2008 e ai più di 150,000 degli anni 2014 e 2015. Dati [FRONTEX](#).

⁷¹¹ Si veda l'accordo tra Italia e Albania del 1997 al paragrafo 5.2 del primo capitolo.

⁷¹² Si veda il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione Italo-Libico al paragrafo 6.4 del primo capitolo.

⁷¹³ Nella già citata sentenza *Hirsi*.

⁷¹⁴ Eliminando al contempo l'embargo sulla vendita di armi in vigore sin dal 1986 in vista dell'eventualità di offrire supporto tecnico e logistico alla polizia di frontiera libica.

di circa 6 milioni di euro annui⁷¹⁵. A tale fine si negoziarono accordi tecnici con la Libia, culminati con la stipula degli accordi di cooperazione tra Italia e Libia del 29 dicembre 2007, resi operativi dal susseguente Trattato di Amicizia siglato il 30 agosto 2008⁷¹⁶. I risultati dell'intesa non tardarono a farsi notare, con una diminuzione del 27% degli sbarchi nel 2009, salutata con favore e orgoglio sia da Frontex che dalla Commissione. In virtù di tali accordi, l'Italia iniziò una serie di operazioni di rimpatrio verso la Libia che suscitarono violente polemiche tra le associazioni non governative e l'opinione pubblica. In effetti, i migranti venivano respinti in acque internazionali e costretti al rimpatrio in Libia senza avere alcun tipo di assistenza né garanzie contro il respingimento. Tali operazioni di respingimento svoltesi tra il maggio e il novembre 2009 avrebbero portato alla condanna dell'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo nella già citata sentenza *Hirsi*⁷¹⁷.

Inoltre, la decisione del Consiglio 2010/252/EU⁷¹⁸, modificativa del codice frontiere Schengen, portò Malta ad abbandonare l'operazione *Nautilus*. In effetti, con le nuove regole che prevedevano l'obbligo in capo allo Stato che ospitava l'operazione congiunta di consentire lo sbarco dei migranti intercettati, Malta temeva di dover sopportare oneri eccessivi dalla sua partecipazione ai pattugliamenti coordinati da Frontex, finendo per essere costretta ad accogliere migliaia di potenziali richiedenti asilo o migranti irregolari nel proprio limitato territorio.

⁷¹⁵ L'operazione, almeno negli auspici, avrebbe dovuto progressivamente coinvolgere la Libia in modo da bloccare i migranti nelle acque territoriali libiche. Il modello che si voleva seguire era quello dell'operazione *Hera* nel Mediterraneo occidentale.

⁷¹⁶ In base a tali accordi, l'Italia si impegnava a fornire mezzi militari per il pattugliamento congiunto del Canale di Sicilia mentre la Libia accettava di rimpatriare i migranti intercettati nel corso delle operazioni.

⁷¹⁷ La Corte sostenne che a dispetto della asserita extra-territorialità delle operazioni di respingimento, l'Italia stesse esercitando la sua giurisdizione nei confronti dei migranti interessati dal suo intervento e che, di conseguenza, ciò implicasse l'obbligo di garantire loro il godimento dei diritti previsti dalla Convenzione di Ginevra e della CEDU, in particolare il diritto a non essere respinti verso un paese dove si rischia di subire persecuzioni o trattamenti inumani e degradanti (Sentenza *Hirsi*)

⁷¹⁸ Decisione del Consiglio 2010/252/UE, del 26 aprile 2010, che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli stati membri dell'Unione Europea. La decisione è stata annullata dalla Corte di Giustizia per ragioni procedurali anche se è rimasta a lungo in vigore in pendenza dell'approvazione di una normativa sostitutiva, avvenuta infine con l'adozione del regolamento (UE) n. 656/2014. Tale regolamento venne approvato solo perché la sua vigenza era stata circoscritta alle operazioni coordinate da Frontex, non anche alle attività di pattugliamento condotte unilateralmente dai paesi membri.

Così dopo la sospensione di *Nautilus* le attività nel Mediterraneo centrale furono rilanciate nel 2011 attraverso due nuove operazioni congiunte, entrambe ospitate dall'Italia: *Hermes*⁷¹⁹ e *Aeneas*⁷²⁰. Le nuove operazioni di Frontex si dovevano in larga misura agli eventi scatenati dalla cosiddette “primavera arabe” che portarono a un rapido aumento del numero degli sbarchi registrati a Lampedusa e in Sicilia⁷²¹.

Era tuttavia chiaro che, in un contesto di profonda instabilità nel quadrante centrale del Mediterraneo, la cooperazione con i paesi limitrofi non potesse che essere limitata, in particolare con Libia. Alcuni governi europei compresero allora che la maggior parte dei migranti soccorsi o intercettati in mare avrebbe dovuta essere accolta sul suolo europeo, non trattandosi infatti di un afflusso estemporaneo, ma del più grande flusso migratorio che l'Europa aveva conosciuto dalla seconda guerra mondiale⁷²².

Tuttavia, il vero punto di svolta della politica europea sull'immigrazione fu la tragedia di Lampedusa del 3 ottobre 2013, in cui persero la vita oltre 350 persone, che portò all'adozione di un approccio più umanitario nella conduzione delle operazioni di pattugliamento nel Mediterraneo centrale. La *Task Force per il Mediterraneo*, istituita pochi giorni dopo la tragedia, pur ribadendo che la priorità politica continuasse ad essere quella di impedire ai migranti di intraprendere tali pericolosi viaggi, sottolineava come tale obiettivo avrebbe dovuto perseguirsi «*nel pieno rispetto degli standard previsti dal diritto internazionale dei diritti umani*»⁷²³, standard peraltro già richiamati dalla sentenza *Hirsi* del 2012.

Era evidente che, in assenza di sviluppi nella stabilizzazione politica in Libia, nessuna operazione avrebbe potuto sbarcare sul suolo

⁷¹⁹ L'operazione *Hermes* si estendeva verso occidente per coprire la rotta che dall'Algeria porta verso la Sardegna e veniva adesso esteso a tutto il Mediterraneo centrale. Nel tempo assunse i tratti di un'operazione permanente arrivando a costare oltre 14 milioni di euro annui.

⁷²⁰ L'operazione *Aeneas* copriva invece l'area del Mar Jonio. In seguito venne estesa a tutta la direttrice orientale dei flussi, giungendo a un costo di circa 10 milioni di euro annui.

⁷²¹ Dai 4.406 del 2010, si passò ai 57.181 del 2011. Dati [FRONTEX](#).

⁷²² Il 2015 è stato segnato da 1,82 milioni di casi segnalati di "attraversamento illegale della frontiera esterna". Si tratta di un numero senza precedenti, più di sei volte il precedente record registrato nel 2014. Dati [FRONTEX](#).

⁷²³ Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: on the work of the Task Force Mediterranean*, Bruxelles, 4 dicembre 2013, COM (2013)869, pag. 3.

nordafriano i migranti intercettati o soccorsi in mare⁷²⁴. Tuttavia i temi umanitari non facevano presa né sull'agenzia né sulle istituzioni europee, come dimostrato dalle polemiche innescate dalle iniziative italiane nell'area.

Il 18 ottobre 2013 il Governo italiano lanciò infatti un'operazione unilaterale denominata *Mare Nostrum*⁷²⁵. Si trattava di un'operazione di ricerca e di salvataggio nonché di contrasto all'immigrazione irregolare⁷²⁶. L'operazione, conclusasi il 31 ottobre 2014 dopo 364 giorni di attività, ha interessato un'area molto vasta del Mediterraneo centrale, spingendosi fino nelle zone marittime di ricerca e soccorso⁷²⁷ maltesi e libiche, con un costo complessivo di oltre 114 milioni di euro interamente sopportati interamente dall'Italia. Durante l'anno di attività essa ha consentito il salvataggio di oltre 101.000 persone e denunciare 728 presunti "scafisti"⁷²⁸.

Nonostante gli unanimi riconoscimenti per l'ingente sforzo e l'encomiabile attività delle forze impegnate nell'operazione, dopo alcuni mesi montarono delle critiche all'operazione da parte di alcuni Stati membri nonché dai vertici dell'Agenzia, ritenuta un fattore di attrazione dei migranti a beneficio dei trafficanti che avrebbero modificato le proprie tecniche ricorrendo a navi sempre meno grandi e meno solide, confidando nell'arrivo delle navi italiane.

L'Italia, alla ricerca di una *exit strategy* da un impegno economico così oneroso (9 milioni di euro al mese) per di più perdente sul piano del consenso popolare, invocò ripetutamente il supporto europeo⁷²⁹.

⁷²⁴ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 180.

⁷²⁵ L'obiettivo dell'operazione, che ha coinvolto mezzi della Marina militare, dell'Aeronautica, dei Carabinieri, della Polizia di frontiera, della Guardia di Finanza e della Guardia Costiera, era quello di sorvegliare in maniera più intensa il Canale di Sicilia, il quale dopo il crollo del regime di Gheddafi era rimasto sostanzialmente sguarnito a causa dell'incapacità delle "autorità libiche" di svolgere una qualche operazione di pattugliamento.

⁷²⁶ P. CUTTITTA, *From the Cap Anamur to Mare Nostrum. Humanitarianism and Migrations Controls at the EU's Maritime Borders*, in C. MATERA, A TAYLOR (eds.), *The Common European Asylum System and Human Rights: Enhancing Protection in Times of Emergencies*, Asser Institute, 2014, The Hague, pag. 21-38.

⁷²⁷ Sul tema, V. paragrafo 8.

⁷²⁸ Senato della Repubblica, *Dossier Immigrazione: cenni introduttivi*, aprile 2015 n. 210, Servizio studi del Senato, Roma, 2015, pag. 15.

⁷²⁹ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag.

Le perplessità della Commissione furono espresse con la solita freddezza burocratica da Frontex, che nel documento in cui si disegnavano le linee strategiche della futura operazione *Triton*, che avrebbe sostituito le precedenti operazioni *Aeneas* e *Hermes* (rimaste peraltro in attività parallelamente a *Mare Nostrum*), suggeriva come la presenza delle navi italiane nei pressi delle coste libiche avesse “incoraggiato” i potenziali migranti ad intraprendere un viaggio via mare con barche scarsamente equipaggiate e non adatte alla traversata⁷³⁰.

Triton fu infine approvata solo a condizione che la sua area operativa fosse strettamente circoscritta alle acque territoriali e a parte della zona marittima di ricerca e soccorso italiane. Inoltre, i suoi obiettivi erano strettamente limitati alla sorveglianza della frontiera europea, non anche al soccorso in mare in acque internazionali⁷³¹. *Triton* infatti persegue scopi di controllo delle frontiere entro le 30 miglia marine dalla costa italiana, con limitate possibilità di ricerca e soccorso in mare a causa soprattutto della carenza dei mezzi a disposizione⁷³². *Mare Nostrum* invece considerava in “situazione di emergenza” ogni imbarcazione trasportante migranti e rifugiati, considerandole *a priori* come meritevoli di assistenza in mare.

Si tratta sostanzialmente di un arretramento geografico, funzionale e finanziario⁷³³ rispetto a *Mare Nostrum*, con un distacco sempre più profondo dagli scopi umanitari e un ritorno all’attività di protezione della frontiera precedentemente svolta dalle operazioni dell’Agenzia⁷³⁴.

184.

⁷³⁰ Frontex, *Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy*: JO EPN-*Triton*, Varsavia, 2014, pag. 4.

⁷³¹ S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *Whose Mare? Rule of Law Challenges in the Field of European Border Surveillance in the Mediterranean*, CEPS Papers on Liberty and Security in Europe, 2015, Bruxelles, pag. 10.

⁷³² I governi di molti Stati membri erano riluttanti nel partecipare alla nuova operazione dell’Agenzia, per il timore, come detto, che finisse per funzionare quale fattore di attrazione per i migranti irregolari. Nonostante gli arrivi via mare non siano mai cessati, un’operazione di ricerca e soccorso quale era *Mare Nostrum* è stata interrotta senza un’adeguata sostituzione. Nel pieno di un’emorragia è stato tolto il tampone, auspicando nella cessazione spontanea, ovviamente non avvenuta. Le ragioni della scelta non possono che essere di natura politica, dato che nessuna evidenza oggettiva avrebbe potuto giustificare tale interruzione.

⁷³³ Sebbene siano 21 gli Stati membri partecipanti, il bilancio mensile era di 2,9 milioni di euro. Come ricordato, *Mare Nostrum* impegnava 9 milioni di euro di risorse al mese (108 annuali). In sostanza, *Triton* disponeva del 29% del budget di *Mare Nostrum*. Solamente con l’Agenda europea sulla migrazione si è avuto l’aumento del budget di *Triton*, che ha raggiunto quello della precedente operazione *Mare Nostrum*.

⁷³⁴ Nel 2015 sono stati intercettati o soccorsi in mare 153.946 migranti nell’area del Mediterraneo centrale, con una riduzione del 10% rispetto al 2014. La diminuzione è stata principalmente dovuta al fatto che un

La rotta del Mediterraneo centrale rimane tuttavia la più pericolosa per i migranti: secondo i dati OIM⁷³⁵, sono stati 3.770 i dispersi in mare nel corso del 2015⁷³⁶.

6.1.3 L'OPERAZIONE POSEIDON

La frontiera del Mediterraneo orientale è geograficamente molto complessa da controllare. La principale rotta seguita dai migranti in quest'area giunge in Grecia attraverso sia il tratto di mare che separa le isole dell'Egeo meridionale dalla Turchia, sia i 206 km di frontiera terrestre situati nella regione nordorientale della Grecia; mentre il confine con l'Albania, che è stato storicamente al centro di un movimento circolare, viene adesso utilizzato prevalentemente come via d'uscita verso i Balcani occidentali⁷³⁷.

Il paese membro decisivo per il controllo della frontiera sud-orientale resta dunque la Grecia.⁷³⁸ Inizialmente gli sbarchi via mare rappresentavano circa il 70% dell'immigrazione irregolare registrata in

numero sempre maggiore di migranti ha preferito la più breve (e sicura) rotta orientale. Nonostante ciò, il numero di migranti provenienti dall'Africa orientale e occidentale ha subito un aumento del 42%, passando dagli 80.000 del 2014 ai 108.000 del 2015. Ciò indica come l'afflusso di migranti, principalmente economici, provenienti dall'Africa non sia destinato a fermarsi, anche grazie alla capillare struttura che i trafficanti hanno stabilito in Libia e sulle rotte che la collegano, attraverso il Sahara, ai paesi di origine. La quasi totalità dei migranti lascia la Libia a bordo di imbarcazioni inadatte alla navigazione e viene intercettata e salvata dalla polizia della frontiera dopo il segnale di richiesta di soccorso. I trafficanti fanno generalmente uso di imbarcazioni fragili e sovraffollate, con un carico di carburante minimo (non sufficiente per raggiungere le coste italiane) per massimizzare il profitto, ponendo la vita dei migranti a considerevole rischio. C'è inoltre da registrare un aumento nell'utilizzo di gommoni per la traversata, rivelatore della scarsa reperibilità di imbarcazioni di legno sulla costa libica. Dati [FRONTEX](#).

⁷³⁵ Organizzazione Internazionale per le Migrazioni. (Anche "IOM", *International Organization for Migration*). Dati disponibili su IOM.

⁷³⁶ La maggior parte dei migranti provenienti da Nigeria, Gambia, Senegal, Bangladesh, Mali, Ghana e Costa d'Avorio hanno fatto domanda di asilo una volta sbarcati in Italia, ma quasi totalità delle richieste sono state rigettate, stando ai dati EASO. Il resto dei migranti (principalmente eritrei, somali, sudanesi, siriani ed etiopi), che hanno basi più solide per la richiesta di asilo, preferiscono transitare illegalmente in Italia al fine di raggiungere altri Stati UE dove processare la loro domanda. Ciò avviene solo in parte per i ricongiungimenti familiari. Infatti, la volontà di raggiungere altri paesi è dettata dalle differenze dei servizi di accoglienza dei rifugiati tra gli Stati membri dell'Unione. Mediante l'abolizione delle frontiere interne, i migranti, una volta arrivati in Italia, possono facilmente proseguire verso altri stati UE. Si tratta di una violazione del regolamento di Dublino, peraltro largamente non più applicato.

⁷³⁷ Meno rilevanti sono invece gli arrivi via mare a Cipro, o gli attraversamenti nel tratto di confine terrestre che divide la Bulgaria dalla Turchia.

⁷³⁸ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 185.

Grecia: la peculiare geografia del tratto di costa dell'Egeo rendeva l'attività di sorveglianza particolarmente complessa e costosa.

Frontex è presente nella regione attraverso l'operazione congiunta *Poseidon*, la quale si articolava in due azioni distinte: una per la frontiera marittima, l'altra per la frontiera terrestre. Sia Frontex che il Fondo europeo per le frontiere⁷³⁹ hanno nel tempo cercato di potenziare gli strumenti di sorveglianza greci, sovente apparsi inadeguati alla gestione del flusso in un tratto di frontiera sempre più interessato da intensi fenomeni migratori.

L'aumento della sorveglianza nel mar Egeo ha causato il tipico fenomeno dello spostamento del flusso migratorio, che dal 2010 ha iniziato ad interessare in misura prevalente il confine terrestre tra Grecia e Turchia⁷⁴⁰. Nel 2010, il numero complessivo di migranti intercettati alla frontiera terrestre tra Grecia e Turchia aveva raggiunto la cifra di 47.706⁷⁴¹, cifra giudicata eccezionale dall'Agenzia, che decise allora di assecondare le richieste del governo greco lanciando la prima (e finora unica) missione del RABIT, il meccanismo di intervento straordinario di Frontex creato nel 2007⁷⁴². Così circa 576 agenti europei furono impiegati in quel tratto di frontiera tra il 2 novembre 2010 e il 3 marzo 2011. A partire dal 2011 poi, *Poseidon Land* assunse i tratti di un'operazione permanente⁷⁴³. L'obiettivo principale del RABIT e della nuova *Poseidon Land* era quello di potenziare le capacità di gestione della frontiera del governo greco, garantendo la stabile presenza degli agenti europei in un paese, peraltro in ginocchio per la crisi economica, il cui sistema di controllo dell'immigrazione era unanimemente considerato inadeguato⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Decisione n. 574/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo per le frontiere esterne per il periodo 2007-2013, nell'ambito del programma generale "Solidarietà e gestione dei flussi migratori". L'obiettivo di questo strumento è assicurare controlli alle frontiere esterne uniformi e di alta qualità favorendo un traffico transfrontaliero flessibile anche mediante il co-finanziamento o di azioni mirate o di iniziative nazionali per la cooperazione tra Stati membri riguardo la politica dei visti.

⁷⁴⁰ In particolare, la striscia di territorio non bagnata dal fiume Evros nei pressi della città di Orestiada.

⁷⁴¹ Dati [FRONTEX](#).

⁷⁴² V. paragrafo 5.

⁷⁴³ *Poseidon Land* giunse a costare oltre 8 milioni di euro, cifra senza precedenti se considerato il tratto di frontiera circoscritto.

⁷⁴⁴ Inoltre, l'Agenzia ha intrapreso dei colloqui informali con la Turchia che hanno portato, nel maggio 2012, alla stipula del primo accordo di cooperazione tecnica in materia di controllo della frontiera tra Turchia e Frontex.

Allo stesso tempo la Grecia adottò il *National Plan on Asylum reform and Migration Management* finanziato per oltre 129 milioni di euro dal fondo europeo per le frontiere, aumentando considerevolmente la presenza di forze di polizia e di mezzi di sorveglianza nella regione di Evros⁷⁴⁵.

Tuttavia le attività poste in essere dalla polizia greca in collaborazione con Frontex e le forze di sicurezza turche sono state oggetto di aspre critiche da parte delle organizzazioni non governative⁷⁴⁶. In particolare, le operazioni di respingimento alla frontiera e la tendenza a richiedere la riammissione in Turchia di migranti le cui esigenze di protezione internazionale non venivano valutate con la dovuta attenzione suscitavano molte perplessità. Secondo il rapporto di *Human Rights Watch* del 2011⁷⁴⁷, sembra che gli ufficiali di Frontex abbiano sostanzialmente scavalcato le autorità greche nella conduzione delle interviste e nell'assunzione delle decisioni circa il rimpatrio dei migranti intercettati.

Inoltre, fino al 2014 la Turchia disponeva di una limitazione geografica alla Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati, rendendo sostanzialmente impossibile ricevere una qualche forma di protezione internazionale nel paese per i soggetti di nazionalità di paesi diversi da quelli del Consiglio d'Europa. Tuttavia, anche a seguito della recente modifica alla normativa sul diritto di asilo, peraltro dettata dalla presenza sul suolo turco di oltre 2 milioni e mezzo di profughi siriani e iracheni⁷⁴⁸, è seriamente dubitabile che il paese possa considerarsi sicuro per i richiedenti asilo, i quali spesso rischiano di essere rimpatriati verso il loro paese.

È stato tuttavia nel 2015 che il flusso migratorio ha raggiunto proporzioni enormi: sono stati 885.386 i migranti che hanno percorso la

⁷⁴⁵ L'intensificarsi della sorveglianza nella regione di Evros ha prodotto un nuovo spostamento della rotta migratoria: da un lato verso la Bulgaria, che ha peraltro costruito una barriera fisica di 30 km tra i villaggi di Lesovo e Kraynovo; dall'altro, nuovamente, verso il Mar Egeo, dove nel 2014 si sono registrati 43.337 arrivi.

⁷⁴⁶ G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma, pag. 187.

⁷⁴⁷ Human Rights Watch: World Report 2011, 24 gennaio 2011, reperibile sul sito [HRW](#).

⁷⁴⁸ Tale flusso migratorio ha fatto sì che la popolazione turca sia aumentata di oltre il 2% nel giro di un triennio e che la Turchia sia diventata il paese che ospita il maggior numero di rifugiati a livello globale. *UN: Refugee Toll in Turkey May Hit 2.5 Million in 2015*, *Hürriyet Daily News*, 27/4/2015

rotta del Mediterraneo orientale⁷⁴⁹. Tale fenomeno ha trasformato la regione balcanica, per molti anni tutto sommato ai margini degli interessi di Frontex⁷⁵⁰, in una zona strategica dato che la quasi totalità dei migranti ha proseguito il viaggio attraverso i Balcani una volta fatto ingresso in Grecia. Nel 2015 gli attraversamenti illegali della frontiera con i Balcani occidentali sono stati 766,038⁷⁵¹.

Nel marzo 2016 la rotta dei Balcani occidentali è stata definitivamente chiusa ai migranti. I paesi della rotta balcanica hanno vietato di valicare la frontiera a chiunque non abbia regolari documenti per l'accesso allo spazio Schengen.

⁷⁴⁹ Dati [FRONTEX](#). Un tale aumento è dovuto principalmente alla diaspora siriana causata dalla guerra civile che da un lustro sta imperversando nel paese mediorientale e all'avanzata del sedicente Stato Islamico nei territori desertici a cavallo del confine tra Siria e Iraq tracciato un secolo fa da Skyes e Picot. I profughi siriani e iracheni hanno prima cercato riparo nei paesi limitrofi, principalmente Libano, Giordania e Turchia, successivamente in numero sempre maggiore hanno intrapreso il lungo viaggio verso l'Europa. Con l'aumento della domanda di "passaggi" verso la Grecia, i trafficanti hanno aumentato la loro aggressività e ostinazione nella ricerca del massimo profitto, forzando i migranti ad imbarcarsi su gommoni sovraffollati e causando la perdita di molte vite umane nel Mar Egeo. Le autorità greche hanno iniziato a concedere autorizzazioni speciali ai cittadini siriani per rimanere nel territorio dello stato fino ad un massimo di 6 mesi. Sono però pochi i migranti che vogliono processare la domanda di asilo in Grecia, molti difatti utilizzano lo speciale permesso accordatogli per attraversare il paese e raggiungere il confine con la Macedonia per poi proseguire il viaggio attraverso la cosiddetta rotta balcanica (affermatasi negli ultimi anni come una delle più economiche e sicure) per entrare nei paesi dell'Europa occidentale (principalmente Germania) dove richiedere asilo.

⁷⁵⁰ Nella regione Frontex svolgeva una operazione denominata *Neptune* che prevedeva interventi da svolgersi in cooperazione con i paesi terzi nel controllo di sezioni della frontiera terrestre. Tale operazione, originariamente pensata per contenere i movimenti dei kosovari, si è rivelata palesemente inadeguata alla gestione dell'enorme flusso che ha interessato la regione.

⁷⁵¹ Dati [FRONTEX](#). L'aumento esponenziale del flusso su questa rotta è coinciso con la modifica alla normativa sul diritto di asilo della Macedonia che ha permesso il passaggio dei migranti per 72 ore attraverso il paese utilizzando il trasporto pubblico; con il completamento nel settembre 2015 da parte ungherese di un "dissuasore fisico" (barriera di filo spinato) lungo i 175 km del confine terrestre con la Serbia e con l'apertura ai rifugiati del governo tedesco del settembre 2015. In ogni caso a seguito della costruzione della barriera lungo il confine serbo-ungherese, il flusso principale si è rapidamente spostato verso il confine serbo-croato, con circa 6.400 passaggi giornalieri fra la metà di settembre e la fine dell'ottobre 2015. Già a fine 2015 però, a seguito del cambio di rotta della politica migratoria tedesca, erano state adottate misure di prevenzione per contenere il flusso di migranti.

7. L'INTERDIZIONE IN MARE

Le operazioni congiunte coordinate in mare da Frontex soggiacciono ad un complesso quadro normativo comprendente norme e obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare, dal diritto internazionale dei diritti umani, dal diritto dei rifugiati e dal diritto penale transnazionale.

Concettualmente, sono due le modalità in cui gli Stati si interfacciano al traffico di migranti via mare.

Una prima maniera è l'interdizione in mare di imbarcazioni coinvolte nel traffico di migranti. Tali azioni di interdizione marittima, poste in essere sulla base dei principi di sovranità statale e di controllo della frontiera, sono soggette al rispetto del diritto internazionale del mare e dei diritti umani.

La seconda modalità riguarda l'obbligo in capo a ogni comandante di nave di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare nelle sue vicinanze, compresi i migranti e gli scafisti. Quest'obbligo invece deriva da considerazioni meramente umanitarie e si applica sempre ed ovunque⁷⁵².

Sebbene vi sia una chiara distinzione concettuale tra soccorso e interdizione, nella pratica spesso avviene una commistione. Spesso, per contrastare il traffico di migranti e giustificare le relative misure adottate, gli Stati fanno ricorso a considerazioni di carattere umanitario qualificando come operazioni di soccorso in mare attività che invece sono tipiche dell'interdizione marittima⁷⁵³. Ad ogni modo, la distinzione tra interdizione e soccorso rimane e ai due tipi di operazioni in mare si applicano discipline normative differenti, come si vedrà *infra*.

Non esiste in diritto internazionale una definizione del termine "interdizione marittima" sebbene venga comunemente utilizzato al fine di descrivere quello che viene da parte della dottrina identificato come un processo a due fasi: «*primo, l'abbordaggio, l'ispezione e la perquisizione di un'imbarcazione sospettata di condotte vietate. Secondo, quando i*

⁷⁵² Sul tema, V. paragrafo 8.

⁷⁵³ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 410.

sospetti vengano corroborati da prove, l'adozione di misure comprendenti il sequestro dell'imbarcazione, l'arresto delle persone a bordo e il sequestro del carico»⁷⁵⁴. In termini pratici, l'interdizione è l'equivalente in mare dell'esercizio di poteri coercitivi a terra.

Molte delle problematiche giuridiche sull'interdizione riguardano la giurisdizione, ossia «la misura del diritto di ogni Stato di regolare le condotte o le conseguenze degli eventi»⁷⁵⁵. L'interdizione rappresenta l'esercizio della giurisdizione esecutiva di uno Stato in mare⁷⁵⁶. Viene inoltre riconosciuto, come detto, che l'esercizio di giurisdizione esecutiva comporti l'utilizzo di mezzi coercitivi. Per questo, la relativa regola di diritto consuetudinario stabilisce che: (i) uno Stato può esercitare la giurisdizione esecutiva all'interno del proprio territorio e non al di fuori di esso; e che (ii) uno Stato non deve esercitare la giurisdizione esecutiva nel territorio di un altro Stato senza il suo permesso⁷⁵⁷. In mare, la determinazione della competenza esecutiva degli Stati risulta a volte di difficile soluzione.

Ciò in quanto gli oceani del mondo sono divisi in porzioni di mare dove il diritto applicabile è diverso. La capacità e i limiti di uno Stato di porre in essere un'azione di interdizione navale nei confronti di un'imbarcazione sospettata di essere coinvolta nel traffico di migranti dipende dalla relativa porzione di mare dove deve essere svolta l'operazione. I poteri degli Stati in mare sono disciplinati in primo luogo dalla *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) del 1982⁷⁵⁸, il cui scopo principale è quello di regolare l'esercizio di giurisdizione nello spazio marino.

⁷⁵⁴ D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge, pag. 4. Il termine viene spesso usato per riferirsi a vario tipo di attività in mare: dal bloccare la partenza di un'imbarcazione fino a prendere controllo della stessa al fine di cambiare la rotta designata.

⁷⁵⁵ R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law: Volume I, Peace*, pag. 456.

⁷⁵⁶ Nel diritto internazionale, la giurisdizione riguarda generalmente due tipi di competenze: quella di legiferare su un qualsiasi tema (giurisdizione prescrittiva); e quella di assicurare il rispetto di tali norme, anche mediante l'uso di mezzi coercitivi (giurisdizione esecutiva).

⁷⁵⁷ *Arrest Warrant Case*, para. 49 (Dissenting opinion of Judge ad hoc Van Den Wyngaert).

⁷⁵⁸ *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) del 1982, adottata il 10 dicembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994.

Tale convenzione non contiene tuttavia una sistematica disciplina del controllo delle migrazioni via mare, le quali si svolgono peraltro secondo pratiche che rendono difficilmente applicabili le sue disposizioni.

Com'è noto, essa divide lo spazio marino in tre zone distinte in base alle differenti prerogative che sono connesse agli Stati: le acque territoriali, la zona contigua e le acque internazionali⁷⁵⁹.

7.1 L'INTERDIZIONE NELLE ACQUE TERRITORIALI

La sovranità dello Stato costiero si estende, al di là del suo territorio e delle sue acque interne, ad una fascia adiacente di mare, denominata mare territoriale⁷⁶⁰, all'interno della quale deve essere tuttavia garantito il passaggio delle imbarcazioni battenti bandiera straniera⁷⁶¹, a meno che ciò non metta in pericolo la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero⁷⁶².

Tra le minacce al buon ordine sono esplicitamente incluse anche le violazioni delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sul traffico di droga o sull'immigrazione⁷⁶³. Conseguentemente, il passaggio non potrà dirsi inoffensivo quando l'imbarcazione svolga attività, come il carico e lo scarico di migranti, contrarie alle leggi sull'immigrazione e alla normativa generale dello Stato costiero.

Se è chiaramente ammessa la facoltà, per gli Stati, di applicare la propria giurisdizione nei confronti di imbarcazioni che siano dirette verso la costa e che non godano del diritto di passaggio inoffensivo, meno pacifica è capacità di uno Stato costiero di applicare le leggi domestiche sull'immigrazione anche nei confronti di imbarcazioni sospettate di

⁷⁵⁹ Sul diritto internazionale del mare, V. A. DEL VECCHIO, *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, 2014, The Hague.

⁷⁶⁰ UNCLOS, art. 2. «Ogni Stato ha il diritto di fissare la larghezza del proprio mare territoriale fino a un limite massimo di 12 miglia marine, misurate a partire dalle linee di base determinate conformemente alla presente Convenzione». UNCLOS, art. 3.

⁷⁶¹ «Le navi di tutti gli Stati, costieri o privi di litorale, godono del diritto di passaggio inoffensivo attraverso il mare territoriale». UNCLOS, art. 17.

⁷⁶² UNCLOS, art. 17, 21.

⁷⁶³ UNCLOS, art. 19 (2) (g). Nonostante non vi sia un'automatica applicazione del diritto nazionale nel mare territoriale, molti Stati si sono dotati di leggi penali che prevedono espressamente la loro applicazione alle condotte poste in essere nel mare territoriale: V. ad es., *Australia's Acts Interpretation Act 1901*, sezione 15 B.

trafficare migranti che siano solamente di passaggio nel mare territoriale, dirette verso un altro Stato⁷⁶⁴.

La posizione che qualifica in tali casi il passaggio come “inoffensivo” non viene accettata da molti Stati e organizzazioni internazionali, né dalla Commissione europea che spiega: «*può essere considerato come un obbligo per lo Stato membro X quello di intervenire se un'imbarcazione che faccia uso del diritto di passaggio inoffensivo all'interno delle proprie acque territoriali abbia l'intenzione di sbarcare immigrati illegali nello Stato membro Y. Tale obbligo, sebbene non stabilito espressamente, deve considerarsi valido conseguentemente alla politica della Commissione sul controllo della frontiera esterna dell'Unione e sulla creazione di uno spazio privo di frontiere interne*»⁷⁶⁵.

In quest'ottica, gli Stati costieri sono addirittura obbligati ad adottare misure nei confronti di imbarcazioni sospettate di trafficare migranti di passaggio nel mare territoriale. Tuttavia, tale interpretazione si applica esclusivamente agli Stati dell'Unione europea. La possibilità, per lo Stato costiero, di adottare contromisure nei confronti del passaggio non inoffensivo di imbarcazioni trafficanti migranti viene riconosciuta dall'UNCLOS⁷⁶⁶.

Tuttavia, vi sono alcune restrizioni alla capacità dello Stato costiero di applicare il diritto nazionale su imbarcazioni solamente di passaggio nel mare territoriale. Infatti, «*lo Stato costiero non dovrebbe*⁷⁶⁷ *esercitare la propria giurisdizione penale a bordo di una nave straniera in transito nel mare territoriale, al fine di procedere ad arresti o condurre indagini connesse con reati commessi a bordo durante il passaggio*»⁷⁶⁸. Da notare però il linguaggio “debole” utilizzato nel testo convenzionale, soluzione deliberatamente adottata per preservare il diritto dello Stato costiero di decidere in ultima istanza se esercitare la propria giurisdizione o meno. Così, gli Stati mantengono la giurisdizione penale a bordo di una nave

⁷⁶⁴ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 412.

⁷⁶⁵ Commissione europea, Staff Working document, *Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea*, SEC (2007) 691, 15 maggio 2007, para. 2.1.3.

⁷⁶⁶ UNCLOS, art. 25 (1).

⁷⁶⁷ "Should not", come riportato dal testo originale della Convenzione.

⁷⁶⁸ UNCLOS, art. 27 (1).

straniera in transito nel mare territoriale, ma “non dovrebbero” normalmente esercitarla al di fuori dei casi espressamente previsti dell'art. 27 (1)⁷⁶⁹; rimanendo comunque legittimati a farlo.

L'UNCLOS stabilisce un'ulteriore limitazione. Viene infatti previsto che «*lo Stato costiero non può*⁷⁷⁰ *adottare alcuna misura a bordo di una nave straniera in transito nel mare territoriale, per procedere a un arresto o condurre indagini a seguito di reati commessi prima dell'ingresso della nave nel mare territoriale se questa, proveniente da un porto straniero, si limita ad attraversare il mare territoriale senza entrare nelle acque interne*»⁷⁷¹. In questo caso, differentemente dal comma 1 dello stesso articolo, si può osservare la perentorietà del linguaggio utilizzato nel testo convenzionale, che proibisce allo Stato costiero di esercitare la propria giurisdizione penale su navi straniere in transito nel mare territoriale per i reati commessi prima dell'entrata nello stesso.

Così, risulta fondamentale determinare se la condotta criminosa si ancora in corso o meno. Nel primo caso, lo Stato costiero, sebbene “non dovrebbe”, rimane tuttavia legittimato ad esercitare la giurisdizione penale; nel secondo “non può” farlo⁷⁷².

7.2 L'INTERDIZIONE NELLA ZONA CONTIGUA

Per quanto invece riguarda l'interdizione nella zona contigua⁷⁷³, «*lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario*» al fine di prevenire e punire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ La giurisdizione penale “non dovrebbe” essere esercitata, salvo «a) se le conseguenze del reato si estendono allo Stato costiero; b) se il reato è di natura tale da disturbare la pace del paese o il buon ordine nel mare territoriale; c) se l'intervento delle autorità locali è stato richiesto dal comandante della nave o da un agente diplomatico o funzionario consolare dello Stato di bandiera della nave; oppure d) se tali misure sono necessarie per la repressione del traffico illecito di stupefacenti o sostanze psicotrope». UNCLOS, art. 27 (1).

⁷⁷⁰ “*May not*”, come riportato dal testo originale della Convenzione.

⁷⁷¹ UNCLOS, art. 27 (5).

⁷⁷² A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 416.

⁷⁷³ UNCLOS, art. 33 (2): «*La zona contigua non può estendersi oltre 24 miglia marine dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale*».

⁷⁷⁴ UNCLOS, art. 33 (1) (a)-(b), (2).

Di fatto, quando sono in questione gli interessi strategici o vi è il pericolo di violazioni della legge e dei regolamenti nazionali in materia di immigrazione, lo Stato costiero esercita poteri di controllo sostanzialmente analoghi nelle acque territoriali e nella zona contigua⁷⁷⁵. Poteri che legittimano l'uso "ragionevole" della forza per intercettare, ispezionare, respingere o scortare fino al primo porto sicuro la nave intercettata⁷⁷⁶.

Da segnalare però che nessun tipo di giurisdizione penale può essere esercitata nei confronti di imbarcazioni in transito per la zona contigua che non abbia intenzione di entrare nel mare territoriale⁷⁷⁷. Qualora invece l'imbarcazione che traffica migranti si trovi nella zona contigua ma voglia fare ingresso nel mare territoriale dello Stato costiero, quest'ultimo, anche in questo caso, non può esercitare la propria giurisdizione penale oltre l'approntamento di misure di carattere preventivo⁷⁷⁸, fino a che il natante faccia l'ingresso nel mare territoriale. Tuttavia deve essere segnalato che nella pratica, le operazioni di interdizione di Frontex non hanno svolto alcuna distinzione tra mare territoriale e zona contigua⁷⁷⁹.

Maggiori sono invece i poteri accordati agli Stati costieri in relazione alle imbarcazioni trafficanti migranti che, lasciando il mare territoriale, entrano nella zona contigua (ad esempio dopo aver imbarcato il carico umano). In questo caso, i poteri dello Stato costiero si estendono alla «repressione», rendendo lecite così le operazioni di interdizione marittima. In relazione alle navi senza nazionalità nella zona contigua, la capacità dello Stato costiero di interdire corrisponderà, come minimo, a quella che detiene, nei confronti di tale tipo di imbarcazioni, nelle acque internazionali.

⁷⁷⁵ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 417.

⁷⁷⁶ N. KLEIN, *Maritime Security and the Law of the Sea*, 2011, Oxford, pag. 122.

⁷⁷⁷ Una eccezione a tale principio si ha quando, dalla nave madre situata nella zona contigua, partano imbarcazioni più piccole dirette nel mare territoriale.

⁷⁷⁸ Trattasi principalmente di ispezioni e avvertimenti.

⁷⁷⁹ 2010/252/ Decisione del Consiglio, del 26 aprile 2010, che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, art. 2.5.1.2 «*Tutte le attività operative nelle acque territoriali o nella zona contigua di uno Stato membro che non partecipa all'operazione si svolgono in conformità dell'autorizzazione dello Stato costiero. Il centro di coordinamento è informato di ogni comunicazione con lo Stato costiero e delle azioni successive*».

7.3 L'INTERDIZIONE NELLE ACQUE INTERNAZIONALI

Come considerato, al di fuori delle acque territoriali e della zona contigua vige il principio della libertà dei mari, e i natanti sono soggetti solo alla giurisdizione dello stato di bandiera. A differenza delle altre porzioni di mare, le acque internazionali sono definite in negativo dall'UNCLOS come «*tutte le aree marine non incluse nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato, o nelle acque arcipelagiche di uno Stato-arcipelago*»⁷⁸⁰. Le acque internazionali sono aperte a tutti gli Stati, sia costieri sia privi di litorale⁷⁸¹.

La stessa UNCLOS dichiara le libertà dell'alto mare: la libertà di navigazione, la libertà di sorvolo, la libertà di posa di cavi sottomarini e di altre installazioni consentite, la libertà di pesca e la libertà di ricerca scientifica⁷⁸².

La Convenzione sull'alto mare⁷⁸³, da parte sua, stabilisce che «*ciascuno Stato, costiero o no, ha il diritto di far navigare in alto mare navi della sua bandiera*»⁷⁸⁴.

Il principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera in alto mare viene invece stabilito sia dalla Convenzione sull'alto mare che dall'UNCLOS: «*le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva*»⁷⁸⁵.

Alcune eccezioni a tale principio sono previste dalla medesima Convenzione UNCLOS, che concede il "diritto di visita" qualora la situazione ricada tra una delle seguenti eccezioni riconosciute:

⁷⁸⁰ UNCLOS, art. 86.

⁷⁸¹ *Ibidem*, art. 87 (1).

⁷⁸² *Ibidem*, art. 87 (1) (a)-(b)-(c)-(d)-(e)-(f).

⁷⁸³ Convenzione concernente l'alto mare, adottata il 29 aprile 1958, entrata in vigore il 30 settembre 1962.

⁷⁸⁴ Convenzione concernente l'alto mare, art. 4.

⁷⁸⁵ UNCLOS, art. 92 (1). Convenzione concernente l'alto mare, art. 6 (1). Tale principio infatti venne per primo riportato nel testo della Convenzione sull'alto mare del 1958 dopo che esso si era cristallizzato come norma di diritto internazionale consuetudinario a seguito delle argomentazioni proposte dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel celeberrimo *Lotus case*. e poi ripreso dall'UNCLOS.

- Consenso dello Stato di bandiera: esercitando la propria sovranità, gli Stati possono dare il proprio consenso affinché Stati terzi adottino determinate misure nei confronti della nave. Il consenso può essere condizionato o ritirato in ogni momento⁷⁸⁶.
- Eccezioni relative allo status o all'attività della nave: riguardano lo status dell'imbarcazione (senza nazionalità)⁷⁸⁷ o l'attività in cui è coinvolta (crimini internazionali di pirateria⁷⁸⁸, il trasporto di schiavi⁷⁸⁹ o trasmissioni non autorizzate)⁷⁹⁰.
- Inseguimento. Situazioni nelle quali l'imbarcazione è già soggetta alla giurisdizione esecutiva dello Stato costiero e viene inseguita in acque internazionali conformemente alle relative norme⁷⁹¹.

Il diritto internazionale del mare chiaramente considera il diritto di visita accordato in tali situazioni come un'eccezione al principio generale di libertà di navigazione in alto mare. Tuttavia, il gran numero di accordi bilaterali conclusi negli ultimi decenni per il contrasto al traffico di migranti limita notevolmente il principio della libertà dei mari, trasformando le acque internazionali in una sorta di zona di frontiera in cui

⁷⁸⁶ Numerosi accordi bilaterali sono stati conclusi nel campo riguardante l'interdizione di imbarcazioni trafficanti migranti irregolari. V. E. PASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High seas: Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, 2013, Oxford e Portland, pag. 281.

⁷⁸⁷ UNCLOS, art. 110 (1) (d).

⁷⁸⁸ UNCLOS, art. 105 «*Nell'alto mare o in qualunque altro luogo fuori della giurisdizione di qualunque Stato, ogni Stato può sequestrare una nave o aeromobile pirata o una nave o aeromobile catturati con atti di pirateria e tenuti sotto il controllo dei pirati; può arrestare le persone a bordo e requisirne i beni. Gli organi giurisdizionali dello Stato che ha disposto il sequestro hanno il potere di decidere la pena da infliggere nonché le misure da adottare nei confronti delle navi, aeromobili o beni, nel rispetto dei diritti dei terzi in buona fede*». Convenzione concernente l'alto mare, art. 19.

⁷⁸⁹ UNCLOS, art. 110 (1) (b). Convenzione concernente l'alto mare, art. 22 (1) (b).

⁷⁹⁰ «*Nell'alto mare, uno Stato che ha giurisdizione, conformemente al precedente numero 3, può arrestare, alle condizioni dell'articolo 110, qualunque persona o nave implicata nelle trasmissioni non autorizzate e può sequestrare le apparecchiature trasmettenti*». UNCLOS, art. 109 (4).

⁷⁹¹ L'inseguimento è essenzialmente un'attività di giurisdizione esecutiva. Il diritto di inseguimento permette allo Stato agente di estendere la propria giurisdizione oltre il mare territoriale o in certi casi la zona contigua. Il diritto di inseguimento si viene a formare quando un'imbarcazione viola le leggi dello Stato costiero all'interno del suo territorio, mare territoriale o zona contigua e cerca riparo nelle acque internazionali. Le regole riguardanti l'inseguimento sono molto specifiche: (i) può cominciare solo dopo che l'ordine di arresto sia stato emesso con un segnale visivo o sonoro, a distanza adeguata perché venga ricevuto dalla nave straniera; (ii) deve essere iniziato quando la nave straniera si trova nel mare territoriale o nella zona contigua dello Stato agente e le competenti autorità dello Stato costiero abbiano fondati motivi di ritenere che essa abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso.; (iii) deve essere continuo e ininterrotto (sebbene sia ammesso il cambio di mezzo inseguitore); (iv) deve cessare non appena la nave inseguita entra nel mare territoriale del proprio Stato o di uno Stato terzo; (v) può essere esercitato solo da navi da guerra o da aeromobili militari, o da altre navi o aeromobili in servizio di Stato che siano chiaramente contrassegnate e identificabili come tali, e siano autorizzate a tali operazioni. UNCLOS, art. 111. Convenzione sull'alto mare, art. 23.

gli Stati proiettano la loro sovranità nazionale ben oltre il limite delle acque territoriali in virtù del già richiamato principio dell'esternalizzazione del controllo della frontiera⁷⁹². È poi lo stesso Protocollo sul traffico di migranti a richiedere espressamente agli Stati parti di «*prendere in considerazione la conclusione di accordi bilaterali o regionali o accordi o intese operativi al fine di: a) istituire le misure più adeguate ed efficaci per prevenire e combattere le condotte di [traffico di migranti o reati collegati]; o b) rafforzare tra loro le disposizioni del presente Protocollo*»⁷⁹³

La stragrande maggioranza delle imbarcazioni trafficanti migranti è tuttavia senza nazionalità o impropriamente registrata⁷⁹⁴. La Convenzione UNCLOS concede espressamente un diritto di visita (diritto di abbordare e ispezionare) alle navi ufficiali nei confronti di imbarcazioni prive di nazionalità⁷⁹⁵. Tuttavia, la Convenzione non chiarisce quali azioni, oltre l'abbordaggio e l'ispezione, possano essere prese nei confronti di tali imbarcazioni. Tale ambiguità viene peraltro ripresa dal Protocollo sul traffico di migranti, il quale autorizza lo Stato a prendere «*misure appropriate, conformemente al relativo diritto interno e internazionale*» qualora il sospetto che la nave sia coinvolta nel traffico di migranti via mare venga confermato da prove⁷⁹⁶.

È da considerare però che esiste un consenso diffuso tra molti Stati sul fatto che le imbarcazioni prive di nazionalità possano essere soggette a una giurisdizione esecutiva universale⁷⁹⁷. Sia la Corte di Appello degli Stati Uniti che gli Stati membri dell'Unione europea supportano questa interpretazione⁷⁹⁸. Il Consiglio europeo è stato ancora più specifico: «*le navi senza nazionalità usate nella pratica per il trasporto irregolare di migranti non possono invocare la libertà di navigazione in alto mare. Ogni*

⁷⁹² B. BOWLING, J. SHEPTYCKI, *Global policing*, 2012, Londra: «*in alcuni casi tali accordi consentono l'esercizio di giurisdizione fino alle acque territoriali degli stati di provenienza o di transito dei migranti, che in genere non hanno le risorse e i mezzi per pattugliare adeguatamente le proprie coste*». V. anche N. KLEIN, *Maritime Security and the Law of the Sea*, 2011, Oxford, pag. 78-84.

⁷⁹³ Protocollo sul traffico di migranti, art. 17.

⁷⁹⁴ UN GA «*Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary-General*» Doc. A/53/456, 5 ottobre 1998, para. 135.

⁷⁹⁵ UNCLOS, art. 110 (1) (d).

⁷⁹⁶ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (7).

⁷⁹⁷ D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge, pag. 17.

⁷⁹⁸ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 419.

Stato può intervenire nei confronti di tali imbarcazioni e può bloccare il passaggio, procedere all'arresto o scortare la nave senza nazionalità verso un porto»⁷⁹⁹.

Un altro orientamento, condiviso dalla dottrina prevalente, considera che le azioni di interdizione non sono invece permesse in assenza di uno specifico nesso giurisdizionale, come ad esempio il sospetto di crimine di pirateria o di tratta degli schiavi. In tutti gli altri casi i poteri dello Stato agente sarebbero limitati alla visita⁸⁰⁰.

Le conseguenze pratiche dei due orientamenti sono diametralmente opposte⁸⁰¹. Nel primo caso ogni Stato ha la piena autorità di fermare, perquisire e prendere controllo della nave senza nazionalità dedita al traffico di migranti in acque internazionali.

Nel secondo caso, invece, gli Stati non potrebbero adottare alcuna misura oltre la visita a meno che non provino che l'imbarcazione sia impegnata in una "condotta proibita" (termine che, come visto, non include il traffico di migranti)⁸⁰².

Ad ogni modo, è chiaro che il requisito principale per il godimento della protezione accordata dal diritto internazionale del mare è il fatto che un'imbarcazione sia registrata presso uno Stato. Così, una nave senza nazionalità non gode di alcun tipo di protezione, rimanendo dunque soggetta ai poteri giurisdizionali dello Stato agente⁸⁰³.

Come già considerato, la portata innovatrice del Protocollo sul traffico di migranti risiede nel riconoscimento di un diritto di azione nei confronti di imbarcazioni prive di nazionalità in alto mare sospettate di essere coinvolte nel traffico di migranti. Tale previsione estende il ventaglio di azioni permesse agli Stati in tali situazioni oltre il diritto di

⁷⁹⁹ Commissione europea, Staff Working Document, «*Study on the International Law Instruments in Relation to Illegal Immigration by Sea*», SEC (2007) 691, 15 maggio 2007, par. 2.2.2.

⁸⁰⁰ D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge, pag. 17.

⁸⁰¹ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 421.

⁸⁰² Le eccezioni al godimento della libertà di navigazione riguardano, come già visto nel presente paragrafo, specifiche attività criminali come la pirateria, il trasporto degli schiavi e le trasmissioni non autorizzate. Non viene invece menzionato il traffico di migranti. Nel caso in cui si accettasse il secondo orientamento in questione, diverrebbe fondamentale capire se il traffico di migranti possa rientrare in una di tali categorie, in particolare quella del trasporto di schiavi. In effetti, i migranti oggetto del traffico possono potenzialmente divenire vittime di trasporto di schiavi, come considerato al paragrafo 1 del primo capitolo.

⁸⁰³ L. F. L. OPPENHEIM, *Oppenheim's International Law*, R. JENNINGS, A. WATTS (eds.), *Volume 1, Peace*, 9th ed., 1992, Harlow, Essex, pag. 546.

visita riconosciuto dall'UNCLOS⁸⁰⁴. Il Protocollo estende tale potere ai casi in cui uno Stato parte «*ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare*», purché l'imbarcazione sia senza nazionalità⁸⁰⁵.

Inoltre, mentre il diritto di visita UNCLOS è limitato ad un "esame a bordo della nave", il Protocollo sul traffico permette l'adozione di "misure opportune". Sebbene tale ultimo termine non sia definito nel Protocollo, alcuni commentatori considerano che esso comprenda il diritto di sequestrare la nave, arrestare l'equipaggio e perseguire i reati commessi a bordo⁸⁰⁶.

Durante le operazioni di interdizione marittima, è condiviso che l'uso della forza sia una "misura di ultima ratio". Tuttavia, è importante considerare che, specialmente in quest'ambito, gli Stati hanno sempre cercato di evitare la creazione norme specifiche che regolassero le proprie attività coercitive. Si può tuttavia determinare che l'uso della forza debba essere (i) una misura di ultima ratio; (ii) proporzionato alle circostanze; e (iii) limitato al minimo necessario⁸⁰⁷. Tali criteri sono generalmente accettati dagli Stati e costituiscono un buon parametro per valutare la liceità delle condotte statali di interdizione marittima di imbarcazioni trafficanti migranti.

⁸⁰⁴ Come già considerato, il diritto di visita UNCLOS emerge quando la nave in acque internazionali è coinvolta in atti di pirateria, traffico di schiavi, trasmissioni non autorizzate o quando essa sia senza nazionalità.

⁸⁰⁵ Protocollo sul traffico di migranti, art. 8 (7).

⁸⁰⁶ M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 2012, Oxford, Portland, pag. 229.

⁸⁰⁷ D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge, pag. 271.

8. IL RUOLO DI FRONTEX NELLE OPERAZIONI DI RICERCA, SALVATAGGIO IN MARE

La tutela dei diritti umani nell'ambito di Frontex non può prescindere dal ruolo dell'Agenzia nelle operazioni di ricerca e salvataggio in mare. Come anticipato *supra*, la tragedia di Lampedusa dell'ottobre 2013 ha imposto una riflessione sugli obblighi degli Stati in relazione a questo tema, che si è presto estesa al ruolo di Frontex.

Una situazione in cui è legittimo l'intervento in acque internazionali si verifica nell'esercizio degli obblighi di soccorso, che spesso vengono invocati dagli Stati per giustificare l'abbordaggio delle navi che trasportano migranti, anche se in questi casi non si tratta evidentemente di esercitare poteri coercitivi ma di svolgere interventi di natura umanitaria⁸⁰⁸.

Il diritto internazionale ha sempre richiesto agli Stati costieri e ai comandanti delle navi di fornire assistenza a qualunque nave o persona "in pericolo in mare"⁸⁰⁹. Quest'obbligo opera in ogni momento ed in ogni porzione di mare e riguarda ogni persona o nave a prescindere dalla nazionalità, dallo status giuridico o da ogni altra differenza. Gli obblighi di ricerca e soccorso, come detto, sono di natura umanitaria. Ne segue l'applicabilità di un quadro giuridico differente rispetto a quello che regola le operazioni di interdizione. Tuttavia, come notato in precedenza, tale distinzione non opera spesso nella pratica. Molte operazioni di interdizione marittima nei confronti di imbarcazioni trafficanti migranti sono state spesso qualificate come di ricerca e soccorso⁸¹⁰.

Indipendentemente dalla qualificazione, le operazioni di ricerca e soccorso di migranti o navi in pericolo spesso comprendono anche attività più proprie delle operazioni di interdizione. In ogni caso, uno dei grandi problemi che ne consegue è la determinazione del luogo dove i soggetti fermati/salvati debbano essere sbarcati.

⁸⁰⁸ E. PAPANASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High seas: Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, 2013, Oxford e Portland, pag. 294.

⁸⁰⁹ Non è chiara la definizione di cosa costituisca "pericolo in mare" o "*distress at sea*" nella sua traduzione originale. Tuttavia, in relazione alle navi sembra che il pericolo debba essere reale per la nave, il carico e l'equipaggio.

⁸¹⁰ Proprio questa fu la linea difensiva adottata dal Governo italiano nel caso *Hirsi Jamaa v. Italy*. *Hirsi Jamaa v. Italy*, *Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, para. 65.

Siamo in presenza di un conflitto fra l'obbligo di soccorso da un lato e il diritto degli Stati di regolare l'ingresso delle persone nel proprio territorio⁸¹¹.

Il quadro normativo di riferimento relativo alla ricerca e soccorso in mare di persone o imbarcazioni in pericolo comprende principalmente la Convenzione UNCLOS e altri due strumenti diffusamente ratificati: la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare del 1974⁸¹² (SOLAS) e la Convenzione sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979⁸¹³ (SAR).

8.1 L'OBBLIGO PER I COMANDANTI DI FORNIRE ASSISTENZA

L'obbligo per i comandanti di fornire assistenza a persone in pericolo in mare ha profonde radici nella tradizione marinara e fu per la prima chiarito in termini giuridici nel 1910 con l'adozione della Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole in materia di assistenza e di salvataggio marittimi⁸¹⁴.

Il presente obbligo è divenuto poi norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante per tutti gli Stati. L'obbligo giuridico, indicato all'art. 98 UNCLOS, determina un obbligo positivo in capo allo Stato di bandiera di imporre che il comandante di una nave che batta la bandiera dello Stato, *«nei limiti del possibile e senza che la nave, l'equipaggio ed i passeggeri corrano gravi rischi deve: a) prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare; b) andare al più presto possibile in soccorso delle persone in difficoltà se viene informato che persone in difficoltà hanno bisogno d'assistenza, nei limiti della ragionevolezza dell'intervento; c) prestare soccorso, in caso di collisione all'altra nave, al suo equipaggio*

⁸¹¹ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 430.

⁸¹² Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, 1974, adottata il 1 novembre 1974, entrata in vigore il 25 maggio 1980. [Convenzione SOLAS]

⁸¹³ Convenzione sulla ricerca e il soccorso in mare, 1979, adottata il 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985. [Convenzione SAR]

⁸¹⁴ Convenzione internazionale per l'unificazione di alcune regole in materia di assistenza e di salvataggio marittimi, 1910, adottata il 23 settembre 1910, entrata in vigore il 1 marzo 1912. (Art. 11 *«ogni capitano è tenuto, in quanto lo possa senza serio pericolo per la sua nave, il suo equipaggio e i suoi passeggeri, a prestare assistenza a qualunque persona, anche nemica, trovata in mare, in pericolo di vita»*)

ed ai passeggeri e, nella misura del possibile, indichi all'altra nave il nome ed il porto d'iscrizione e il primo porto del suo approdo»⁸¹⁵.

La Convenzione SOLAS, a differenza dell'UNCLOS, si riferisce direttamente ai comandanti delle navi prevedendo che il comandante di una nave in navigazione che riceve un segnale da qualsiasi provenienza indicante che una nave, un aereo o dei superstiti si trovi in pericolo, è obbligato a recarsi a tutta velocità all'assistenza delle persone in pericolo informandole, se possibile, di quanto sta facendo⁸¹⁶.

Tuttavia, per quanto gli strumenti internazionali appaiano imporre obblighi in capo ai comandanti delle navi, nella pratica l'obbligo è per gli Stati. Gli obblighi di diritto internazionale infatti, ad eccezione di alcuni settori specifici come il diritto penale internazionale, riguardano gli Stati e non anche gli individui. Ad ogni modo, in questo caso, molti Stati si sono provvisti di strumenti di diritto penale nazionale al fine di sanzionare i comandanti che violino l'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare⁸¹⁷.

Appare in ogni caso chiaro che l'obbligo in capo ai comandati sia quello di fornire assistenza, non necessariamente anche di soccorrere, salvo che in situazioni dove il soccorso sia praticabile. In ogni caso, l'obbligo di assistenza è soggetto ai parametri di possibilità, sicurezza e ragionevolezza.

8.2 L'OBBLIGO PER GLI STATI COSTIERI DI ATTIVARE SERVIZI DI RICERCA E SOCCORSO

L'obbligo in capo ai comandanti di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare viene completato dall'obbligo in capo agli Stati costieri di *«promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza*

⁸¹⁵ UNCLOS, art. 98 (1).

⁸¹⁶ Convenzione SOLAS, Capitolo V, Regola 33. (precedentemente Regola 10).

⁸¹⁷ Tuttavia la pratica è lontana dall'essere universale e gli Stati di destinazione dei migranti trafficati, così come i maggiori Stati in termini di commercio, potrebbero volere evitare un obbligo così perentorio per i comandanti delle navi battenti la loro bandiera. In più, poco chiare sono le modalità mediante le quali l'assistenza debba essere prestata.

marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collaborare a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali»⁸¹⁸.

La Convenzione SAR del 1979 fu redatta proprio al fine di stabilire un sistema internazionalmente condiviso di aree di ricerca e soccorso in modo tale da coprire ogni porzione di mare. La Convenzione SAR richiede agli Stati di «*provvedere affinché vengano prese le disposizioni necessarie al fine di fornire alle persone in pericolo in mare al largo delle loro coste i servizi di ricerca e salvataggio richiesti*»⁸¹⁹.

Agli Stati parte viene inoltre richiesto di «*organizzare i loro servizi di ricerca e di salvataggio in modo da poter far fronte rapidamente agli appelli di soccorso*»⁸²⁰. Viene poi stabilito che, qualora le autorità responsabili di uno Stato parte vengano informate che una persona è in pericolo in mare in una zona in cui lo Stato parte assicura il coordinamento generale delle operazioni di ricerca e di salvataggio, esse adottino immediatamente le misure necessarie per fornire tutta l'assistenza possibile⁸²¹.

Tuttavia, l'auspicata divisione degli oceani in zone di ricerca e soccorso sotto la responsabilità dei vari Stati costieri si è rivelata fonte di numerose controversie. Nello stesso Mediterraneo, teatro di numerosi disastri marittimi relazionati con il traffico di migranti, la determinazione delle varie zone di competenza lungi è dall'essere definita. Le dispute tra Italia e Malta sul tema ne sono una riprova⁸²².

L'operatività delle disposizioni, sia di diritto consuetudinario che convenzionale, sull'obbligo di soccorso per le persone in pericolo in mare, viene tuttavia minata dalla mancanza di norme egualmente perentorie riguardanti lo sbarco di coloro che sono stati soccorsi in mare: infatti, uno Stato può rifiutare lo sbarco di persone soccorse in mare⁸²³. In pratica dal dovere di assistenza alle imbarcazioni in difficoltà non necessariamente discende il diritto delle persone soccorse di accedere ai porti o alle acque

⁸¹⁸ UNCLOS, art. 98 (2).

⁸¹⁹ Convenzione SAR, Annesso, Regola 2.1.1.

⁸²⁰ *Ibidem*, Regola 2.1.8.

⁸²¹ *Ibidem*, Regola 2.1.9.

⁸²² "Ministry Rejects Maroni's Claims on Migrant Boat Rescue", Times of Malta online, 7 aprile 2011.

⁸²³ G. S. GOODWIN GILL, *The Refugee in International Law*, 1996, Oxford, pag. 278.

interne⁸²⁴ e tale lacuna nel regime del soccorso in mare è stata sfruttata dagli Stati per evitare di assumersi l'onere dell'accoglienza di migranti o potenziali richiedenti asilo, come dimostrato dalla vicenda del cargo norvegese *M/V Tampa*.

In tale occasione, il comandante del *Tampa* adempì all'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare, riuscendo a portare in salvo 433 tra uomini, donne e bambini da un'imbarcazione prossima al naufragio. L'imbarcazione si trovava nella zona economica esclusiva indonesiana ma all'interno della zona di ricerca e soccorso di competenza australiana e la richiesta di provvedere all'assistenza era stata comunicata al *Tampa* da parte delle autorità australiane⁸²⁵. Sebbene il *Tampa* fosse inizialmente intenzionato a sbarcare i migranti in Indonesia, cambiò rotta verso l'isola di Natale (Australia) dopo che numerosi migranti soccorsi minacciarono il suicidio nel caso in cui il comandante non si fosse diretto verso le coste australiane. Avendo caricato 433 sopravvissuti a bordo di un nave omologata per 50 persone, al *Tampa* fu negato l'ingresso nelle acque territoriali australiane per sbarcare i migranti nonostante le condizioni igienico-sanitarie a bordo fossero critiche⁸²⁶. Tra le varie giustificazioni presentate dall'Australia durante e dopo il caso, vi era quella che indicava come il soccorso poteva ritenersi completato una volta che i migranti erano stati imbarcati a bordo del *Tampa*.

Anche in risposta a tali tragiche vicende, le norme pattizie in materia di soccorso in mare sono state in parte riviste con l'obiettivo di garantire una più efficace protezione delle persone in pericolo, consentendo il loro sbarco in un luogo sicuro⁸²⁷. In particolare, nel 2004 il *Maritime and Safety Committee* dell'*International Maritime Organization* ha adottato una risoluzione⁸²⁸ che autorizzava una sostanziale revisione del Capitolo V

⁸²⁴ J. PUGASH, *The Dilemma of the sea Refugee: Rescue Without Refuge*, in *Harvard International Law Journal*, 18, 1977, pag. 577-604.

⁸²⁵ Per approfondire, V. D. ROTHWELL, *The Law of the Sea and the MV Tampa Incident*, in D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge.

⁸²⁶ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 447.

⁸²⁷ R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control*, 2010, Leiden, Boston, pag. 142; E. PAPASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High Seas*, 2013, Oxford, Portland, pag. 299.

⁸²⁸ Organizzazione Marittima Internazionale, Comitato Sicurezza Marittima, IMO Res. MSC 153 (78) SOLAS.

della Convenzione SOLAS e dei capitoli 2,3 e 4 degli Annessi alla Convenzione SAR. Gli emendamenti entrarono poi in vigore nel 2006. Tra le maggiori novità vi erano:

- La definizione di "servizi di ricerca e soccorso"⁸²⁹ e la chiarificazione degli obblighi relativi alle "persone in pericolo"⁸³⁰;
- Il chiarimento del fatto che gli obblighi esistenti ai sensi della Convenzione SOLAS di fornire assistenza si applica a ogni persona in pericolo «*a prescindere dalla nazionalità, dallo status di tali persone o dalle circostanza in cui si trovano*»⁸³¹;
- L'obbligo per gli Stati parte di cooperare reciprocamente al fine di assicurare che il comandante che adempie all'obbligo di fornire assistenza alle persone in pericolo in mare sia liberato da tale obbligo con la minima deviazione dalla rotta originaria della nave⁸³²;
- L'obbligo per gli Stati parte di cooperare reciprocamente al fine di assistere il comandante della nave nel trasporto delle persone soccorse verso un "luogo sicuro", prendendo in considerazione le circostanze del caso. Lo Stato che coordinato i servizi di ricerca e soccorso ha la "responsabilità primaria" di assicurare il coordinamento;
- L'obbligo per il comandante che ha imbarcato le persone soccorse a bordo di trattare quest'ultimi con umanità, per quanto l'imbarcazione lo permetta; e
- Il riconoscimento della discrezionalità del comandante, nel contesto della ricerca e soccorso, di prendere e/o eseguire decisioni che, secondo il suo prudente giudizio, sono necessarie per la sicurezza della vita in mare e per la protezione dell'ambiente marino⁸³³.

In relazione alla responsabilità per lo sbarco delle persone soccorse in mare, gli emendamenti chiariscono che «*lo Stato parte responsabile per la zona di ricerca e soccorso nella quale viene prestata l'assistenza avrà la*

⁸²⁹ "Servizio di ricerca e soccorso" significa «*The performance of distress monitoring, communication, co-ordination and search and rescue functions, including provisions of medical advice, initial medical assistance, or medical evacuation, through the use of public and private resources including co-operating aircraft, ships, vessels and other craft and installations*».

⁸³⁰ IMO Res. MSC. 153 (78) (SOLAS), Annesso, Regola 33, para. 3.

⁸³¹ *Ibidem*.

⁸³² *Ibidem*, Regola 33, para. 4.

⁸³³ *Ibidem*, Regola 34, para. 1.

responsabilità primaria di assicurare il coordinamento al fine che i sopravvissuti assistiti vengano sbarcati dalla nave soccorrente e trasportati in un luogo sicuro, prendendo in considerazione le particolari circostanze del caso e le linee guida redatte dall'Organizzazione. In tali casi, lo Stato parte interessato dovrà provvedere allo sbarco nel più breve termine possibile»⁸³⁴.

Come si può evincere dal testo degli emendamenti, non viene enucleato alcun obbligo in capo agli Stati di accettare lo sbarco dei migranti soccorsi: la responsabilità è limitata a coordinare la cooperazione al fine di trasportare i sopravvissuti verso un luogo sicuro. Il linguaggio del testo è chiaramente di compromesso, tuttavia alcuni commentatori considerano come interpretazione dominante quella che vuole che lo Stato che abbia la responsabilità primaria debba comunque accettare lo sbarco dei migranti qualora non sia possibile provvedere in tal senso in un altro Stato⁸³⁵.

Gli emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS furono completati dalle *Guidelines* IMO sul trattamento delle persone soccorse in mare nel 2004⁸³⁶. Le linee guida mirano a supportare l'effettiva applicazione degli emendamenti, chiarendone alcuni aspetti centrali come il concetto di "luogo sicuro". Stando alle linee guida, "luogo sicuro" è «*un luogo dove le operazioni di soccorso possono considerarsi terminate nonché dove le vite dei sopravvissuti non siano più a rischio e i diritti umani fondamentali (come cibo, protezione e esigenze sanitarie) possano essere soddisfatti. Inoltre, è un luogo da dove si possa provvedere al trasporto dei sopravvissuti verso la loro destinazione finale*»⁸³⁷.

Secondo le linee guida quindi, una nave soccorrente non può essere considerata come "luogo sicuro" semplicemente perché i sopravvissuti non sono più in pericolo immediato di vita, in quanto tale imbarcazione potrebbe non disporre a bordo delle attrezzature adeguate per la cura dei

⁸³⁴ IMO Res. MSC. 153 (78) (SOLAS), Annesso, Regola 33, para. 4.

⁸³⁵ T. GAMMELTOFT-HANSEN, E. AALBERTS, *Sovereignty at Sea: The Law and Politics of Saving Lives in the Mare Liberum*, 2010, Copenhagen, pag. 17; A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 447.

⁸³⁶ IMO Res. MSC 167 (78), adottate il 10 maggio 2004.

⁸³⁷ IMO Res. MSC 167 (78), para. 6. 12.

sopravvissuti. Inoltre, «anche se la nave soccorrente possa accomodare in sicurezza i sopravvissuti e possa servire da luogo sicuro temporaneo, deve essere sollevata da tale responsabilità non appena si possa provvedere in maniera diversa. Il luogo sicuro può essere a terra o anche a bordo di una nave appropriata alle circostanze che possa servire da luogo sicuro fintanto che i sopravvissuti non vengano sbarcati nella loro prossima destinazione»⁸³⁸.

Con riferimento ai richiedenti asilo e ai rifugiati, le linee guida stabiliscono che deve essere evitato lo sbarco in territori dove le vite e le libertà di coloro che sostengono un fondato timore di persecuzione verrebbero minacciate⁸³⁹. Tale aspetto delle problematiche relative alla definizione di "luogo sicuro" viene preso in considerazione anche dal Consiglio d'Europa che, notando come tale concetto continui ad essere interpretato in maniera differente, richiede agli Stati membri di interpretare "luogo sicuro" come «un luogo dove possono essere soddisfatti i bisogni immediati dei migranti sbarcati e dove non vengano messi a repentaglio i loro diritti fondamentali, in quanto la nozione di "sicurezza" si estende oltre la mera protezione da pericoli di carattere fisico»⁸⁴⁰.

Nonostante ciò, tali emendamenti continuano a lasciare un certo margine di discrezionalità agli Stati sui tempi e, soprattutto, sui luoghi in cui effettuare lo sbarco delle persone in mare, oltre a non definire con precisione chi sia obbligato a consentire lo sbarco nelle situazioni in cui le operazioni di soccorso siano gestite da più Stati⁸⁴¹.

Anche per tali ragioni, i conflitti tra i paesi coinvolti nelle operazioni di controllo delle frontiere marittime su chi avesse la responsabilità di consentire lo sbarco dei migranti soccorsi in mare sono perdurati, come dimostra da ultimo il caso del cargo *M/V Pinar*⁸⁴².

⁸³⁸ IMO Res. MSC 167 (78), para. 6. 13-14.

⁸³⁹ IMO Res. MSC 167 (78), para. 6. 16.

⁸⁴⁰ Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Res. 1821 (2011) sull' interdizione e il soccorso dei richiedenti asilo, rifugiati e migranti irregolari, adottata il 21 giugno 2011, para. 9.5.

⁸⁴¹ R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control*, 2010, Leiden, Boston, pag. 139.

⁸⁴² Nell'aprile 2009 Malta e Italia si sono rimpallate la responsabilità di consentire lo sbarco del cargo *M/V Pinar* che trasportava immigrati soccorsi in mare, Malta sostenendo che il porto più vicino fosse Lampedusa, l'Italia sostenendo che il soccorso fosse avvenuto nella zona di responsabilità maltese.

8.3 IL REGOLAMENTO UE 656/2014

Il nuovo regolamento (UE) n. 656/2014⁸⁴³ ambisce a porre rimedio ad alcune delle carenze, dal punto di vista della tutela dei diritti umani, emerse nelle operazioni congiunte. Basandosi su uno studio della normativa internazionale in materia di interdizione dell'immigrazione irregolare, ma anche di ricerca e soccorso in mare⁸⁴⁴ che tiene conto degli sviluppi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul divieto di respingimento dei migranti intercettati in alto mare, questo regolamento realizza in buona misura quello che era l'obiettivo indicato dal programma di Stoccolma, di definire cioè «*le regole d'ingaggio chiare per le operazioni congiunte in mare, badando a tutelare le persone bisognose di protezione che viaggiano in flussi misti, in conformità del diritto nazionale*»⁸⁴⁵.

L'atto ricalca in buona misura la disciplina della localizzazione (art. 5), dell'intercettazione (artt. 6 - 8) e del diritto di visita e ispezione (art. 7) prevista a livello internazionale⁸⁴⁶. Inoltre, trasforma il piano operativo in uno strumento giuridicamente vincolante (art. 11) e dettaglia i "meccanismi di solidarietà" invocabili dagli Stati membri in situazioni di eccessiva pressione migratoria sulle proprie frontiere (art. 12)⁸⁴⁷. Con l'adozione di tale regolamento, l'obiettivo primario della gestione integrata delle frontiere esterne rimane quello di garantire l'efficacia dei controlli di frontiera, tuttavia tale obiettivo viene ricollegato all'esigenza di contribuire a proteggere la vita umana in mare⁸⁴⁸.

⁸⁴³ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea

⁸⁴⁴ Commissione europea, SEC (2007)691.

⁸⁴⁵ Consiglio europeo, programma quinquennale del 4 maggio 2010, 2010/C 115/01, Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, par. 5 (1). In tale senso V. anche il "considerando" n. 17 del preambolo del regolamento (UE) n. 656/2014.

⁸⁴⁶ V. ad es. la formulazione del diritto di visita e ispezione delle navi prive di nazionalità sospettate di condurre il traffico di migranti (art. 7 (1) (2) (11) del regolamento (UE) 656/2014), che riproduce la norma di cui all'art. 8 (7) del Protocollo di Palermo sul traffico di migranti.

⁸⁴⁷ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 208.

⁸⁴⁸ In tal senso, V. il "considerando" n. 8 del preambolo del regolamento (UE) 656/2014.

L'art. 9 disciplina le situazioni di ricerca e soccorso stabilendo, tra l'altro, che un'operazione di salvataggio possa ritenersi necessaria (anche in assenza di una chiamata di *distress*) se le condizioni dell'imbarcazione portino a ritenere che essa non sia in grado di raggiungere la destinazione finale, il numero di passeggeri sia troppo elevato rispetto alle dimensioni dell'imbarcazione, non ci siano sufficienti provviste, vi siano passeggeri particolarmente vulnerabili o che necessitino urgente assistenza medica ovvero vi siano passeggeri deceduti⁸⁴⁹.

L'art 10 istituisce invece una procedura per la determinazione del porto di sbarco la cui *ratio* discende dall'esigenza di evitare il *refoulement* dei migranti. Tale procedura prevede che, qualora lo sbarco nel porto individuato in base ai criteri dettagliati dalla norma esponga i migranti a un rischio per la loro incolumità, esso debba aver luogo nello Stato membro che ospita l'operazione⁸⁵⁰. Si tratta di un fondamentale passo in avanti, sul solco peraltro già tracciato dalla direttiva procedure in vigore dal 20 luglio 2015⁸⁵¹ che però non estendeva l'accesso alla protezione internazionale per gli stranieri intercettati in alto mare. Tuttavia, dalla pacifica applicabilità in alto mare del divieto di *refoulement* discende che tutti gli stranieri intercettati nelle acque internazionali non possano essere ricondotti nel porto di partenza senza una previa intervista individuale volta a separare i migranti economici dagli stranieri a rischio di *refoulement* e ad assicurare a questi ultimi lo sbarco in un porto sicuro⁸⁵².

Mediante l'art. del regolamento 656/2014 si raggiunge l'obiettivo di predeterminare in base a criteri oggettivi il porto sicuro di sbarco,

⁸⁴⁹ Regolamento (UE) 656/2014, art. 9 (2) (f). Nella pratica l'operazione di salvataggio diviene necessaria ogniqualvolta sia localizzato un barcone in alto mare.

⁸⁵⁰ Per la precisione, l'art. 10 individua, come porto di sbarco, quello dello Stato membro nelle cui acque territoriali è avvenuta l'intercettazione dell'imbarcazione con a bordo i migranti. In caso d'intercettazione di un natante in alto mare, e qualora lo sbarco non possa aver luogo nel paese terzo di partenza dello stesso per ragioni legate alla tutela dei diritti fondamentali, il porto "sicuro" individuato per lo sbarco è quello dello Stato che ospita l'operazione di pattugliamento. Regolamento (UE) 656/2014, art. 10 (1).

⁸⁵¹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale. La presente direttiva stabiliva il diritto di accesso alla protezione internazionale, in precedenza garantito soltanto sul territorio degli Stati membri, alle frontiere e nelle di transito, estendendolo anche alle acque territoriali. La direttiva, tuttavia, non dettava espressamente un obbligo per gli Stati membri di garantire l'accesso alla protezione internazionale ai richiedenti asilo intercettati in acque internazionali. Tale obbligo è configurabile come corollario del divieto di *refoulement*, la cui applicabilità in alto mare è ormai pacifica.

⁸⁵² Tale obbligo si applica indipendentemente dalla manifestazione di volontà del migrante di presentare un'istanza di protezione internazionale. Direttiva 2013/32/UE, artt. 6 e 28.

imponendo quindi agli Stati non soltanto un obbligo di fine (non sbarcare i migranti in un luogo rischio), ma indicando altresì il luogo in cui lo sbarco debba avvenire, che in passato è stato spesso oggetto del contendere⁸⁵³.

Nello stesso regolamento viene poi prevista una definizione del divieto di *refoulement* piuttosto ampia, ossia che «[nessuno può essere] sbarcato, costretto a entrare, condotto o altrimenti consegnato alle autorità di un paese in cui esista, tra l'altro, un rischio grave di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura, alla persecuzione o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti, o in cui la vita o la libertà dell'interessato sarebbero minacciate a causa della razza, della religione, della cittadinanza, dell'orientamento sessuale, dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale o delle opinioni politiche dell'interessato stesso, o nel quale sussista un reale rischio di espulsione, rimpatrio o estradizione verso un altro paese in violazione del principio di non respingimento»⁸⁵⁴.

In tale serie di ipotesi in cui è vietata la consegna dei migranti intercettati in mare alle autorità di paesi terzi in cui sussista un rischio, viene ricompreso non solo l'obbligo di *non refoulement* tipico del diritto dei rifugiati⁸⁵⁵ così come integrato in sede europea⁸⁵⁶, ma anche, almeno in parte, quello alla base della protezione *par ricochet* della Corte di Strasburgo, in base alla quale è stato sviluppato l'istituto della protezione sussidiaria nel diritto dell'Unione⁸⁵⁷.

⁸⁵³ V. ad es. il caso del cargo *M/V Pinar* tra Italia e Malta.

⁸⁵⁴ Regolamento (UE) 656/2014, art. 4 (1).

⁸⁵⁵ Si fa riferimento all'art. 33 (1) della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato.

⁸⁵⁶ Si fa riferimento al criterio dell'orientamento sessuale, previsto tra i motivi di persecuzione rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale nella direttiva sulle qualifiche. Art. 10 (d), direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), adottata sulla base giuridica dell'art. 78 par. 2, lett. a) e b), TFUE.

⁸⁵⁷ Precisando, l'art. 4 (1) del regolamento (UE) 656/2014 ripropone infatti grossomodo la definizione di *non refoulement* contenuta nell' art. 19 82) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che coincide solo parzialmente con le condizioni stabilite nella direttiva sulle qualifiche per l'accesso alla protezione sussidiaria, fatte salve le eccezioni alla protezione di cui all' art. 17. Tra queste ultime è, infatti, previsto anche il rischio di danno grave, derivante dalla «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale» (Ibidem, art. 15 (c)). Il divieto di consegna dei migranti intercettati in mare qualora ciò li esponga a una minaccia per la loro vita e incolumità derivante da un contesto di violenza endemica nell'ambito di un conflitto non è, invece, escluso, almeno in termini espressi dalla norma dell'art. 4 del regolamento (UE)

Inoltre, il regolamento obbliga i soggetti partecipanti all'operazione congiunta a considerare, in sede di pianificazione della stessa, la sussistenza di un rischio reale che lo sbarco dei migranti in un dato paese terzo li esponga al *refoulement* indiretto. È dunque necessaria, oltre all'identificazione dei migranti intercettati o soccorsi e alla valutazione delle loro situazioni personali in relazione al *refoulement*⁸⁵⁸, una valutazione puntuale della situazione generale del paese terzo di destinazione⁸⁵⁹.

A seguito di tali sviluppi, sarà molto più complicato sostenere che la riconsegna dei soggetti intercettati o soccorsi in mare alle autorità del paese d'origine avvenga nel rispetto della sicurezza dei migranti, come pure sostenere l'idea che i migranti intercettati in alto mare non abbiano il diritto di accedere alla protezione internazionale nello spazio giuridico europeo⁸⁶⁰. Sebbene la supervisione sulla corretta attuazione del regolamento possa essere svolta dal Forum consultivo⁸⁶¹, spetterà comunque al Direttore esecutivo decidere di seguire le raccomandazioni del Forum e aderire ad un approccio realmente umanitario, in particolare sviluppando una strategia volta a sensibilizzare le autorità degli Stati membri sulla distinzione tra potenziali rifugiati e migranti economici sprovvisti di regolare titolo di soggiorno nonché sull'obbligo di *refoulement*⁸⁶².

656/2014. Pertanto, proprio alla luce delle caratteristiche attuali del fenomeno delle migrazioni forzate, che derivano soprattutto da conflitti internazionali, dato che la ratio del regolamento è quella di evitare il *refoulement* dei migranti in mare, sarebbe forse stato maggiormente opportuno prevedere espressamente il divieto di sbarco dei migranti in luoghi in cui siano in atto guerre civili o conflitti internazionali che mettono a repentaglio il loro diritto alla vita. Una tale soluzione, sarebbe stata peraltro coerente con la giurisprudenza di Strasburgo in materia di divieto di allontanamento degli stranieri a rischio e protezione "*par ricochet*", a partire dalla quale è stata sviluppata la protezione sussidiaria nel diritto dell'Unione.

⁸⁵⁸ Regolamento (UE) 656/2014, art. 4 (3).

⁸⁵⁹ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 211.

⁸⁶⁰ Nel 2009, il Direttore esecutivo di Frontex affermava che durante le operazioni congiunte d'interdizione dell'immigrazione irregolare, i migranti intercettati in acque internazionali o nelle acque territoriali di un paese terzo non avessero diritto di chiedere asilo nell'Unione e lamentava il fatto che tale dato giuridico fosse strumentalizzato dalle organizzazioni non governative a difesa dei migranti come una violazione dei diritti umani da parte di Frontex. V. EU. *Halbe Million illegale Einwanderer in Europa*, in *Focus Online*, 7 febbraio 2009.

⁸⁶¹ Il Forum consultivo ha compiuto la sua prima missione nel luglio 2013 al confine marittimo tra Turchia e Grecia e alla frontiera terrestre tra Bulgaria e Turchia, mentre era in atto l'operazione congiunta *Poseidon*.

⁸⁶² D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 212.

9. LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI DURANTE LE OPERAZIONI IN MARE

L'attività di Frontex è, come anticipato, da diverso tempo oggetto di attenzioni sotto il profilo della tutela dei diritti umani⁸⁶³. È innegabile infatti che la stessa *raison d'être* delle operazioni congiunte comporti ingerenze più o meno giustificate nel godimento dei diritti di coloro i quali attraversano il Mediterraneo nella speranza di potersi stabilire in Europa.

Come visto, una delle attività di Frontex maggiormente contestate è l'intercettazione di barconi di immigrati in mare e il conseguente respingimento degli stessi verso Stati terzi dove i loro diritti sono esposti al rischio di essere violati⁸⁶⁴. Si aggiunga a questa preoccupazione il tema del ruolo di Frontex nelle operazioni di ricerca e salvataggio in mare che, potenzialmente, possono essere in grado di prevenire tragedie immani⁸⁶⁵.

Proprio una indagine del Mediatore europeo ha sensibilizzato le istituzioni europee riguardo al tema dei diritti umani nel controllo delle frontiere esterne dell'Unione e alla conseguente approvazione del regolamento (UE) 656/2014 considerato nel paragrafo precedente. Non è casuale che già nel 2012 il Mediatore europeo concludeva una prima indagine sul *modus operandi* di Frontex, rilevando diverse criticità, proprio per quanto concerne il rispetto dei diritti umani⁸⁶⁶. Rispetto alle operazioni

⁸⁶³ Sul punto, V., *inter alia*, A. FISCHER-LESCANO, T. THOR, T. TOHIDIPUR, *Border Control at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, pag. 256 ss.; E. PAPASTAVRIDIS, *"Fortress Europe" and Frontex: within or without international law?* in *Nordic Journal of International Law*, 2010, pag. 75 ss.; A. LIGUORI, N. RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pag. 554.

⁸⁶⁴ Sul tema del respingimento in alto mare e la sua compatibilità con le norme poste a tutela dei diritti umani, V., *inter alia*, A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pag. 591 ss.; E. PAPASTAVRIDIS, *The interception of Vessels on the High Seas, Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, 2013, Oxford.

⁸⁶⁵ Il dibattito sul punto si è particolarmente acceso, soprattutto in Italia, a seguito della tragedia di Lampedusa dell'ottobre 2013 e del successivo dispiegamento dell'operazione navale Mare Nostrum. Sul punto, V. B. NASCIMBENE, *L'Italia chiama, l'Europa risponde? La tragedia di Lampedusa*, in *Il corriere giuridico*, 2013, pag. 1393 ss.; F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo. O quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pag. 63 ss. e 83 ss.

⁸⁶⁶ Decision of European Ombudsman closing own-initiative inquiry OI/5/2012/BEH-MHZ concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex).

poste in essere da uno Stato nelle acque territoriali, il diritto internazionale dei diritti umani e quello relativo allo *status* di rifugiato si applica esattamente come se i fatti si svolgessero all'interno del territorio dello Stato⁸⁶⁷. Non v'è dubbio quindi che gli Stati siano obbligati dalle rilevanti disposizioni di diritto internazionale.

Più complicato risulta invece stabilire quando un obbligo più dirsi violato e quando tale violazione può essere attribuita allo Stato in questione. Se a tali due questioni si può dare risposta affermativa, allora lo Stato agente sarà responsabile per la commissione di un atto illecito a livello internazionale.

Problematico risulta inoltre il tema in questione qualora le misure statuali di contrasto all'immigrazione avvengano al di fuori del mare territoriale e della zona contigua. Difatti, qualora l'operazione venga effettuata in acque internazionali, è centrale stabilire in base a quali circostanze uno Stato parte di un determinato trattato di diritti umani sia da questo vincolato rispetto a soggetti che si trovino al di fuori del territorio statale⁸⁶⁸. Si è potuto notare nel corso della presente trattazione che una delle maggiori spinte verso l'esternalizzazione del controllo delle frontiere è il desiderio, per gli Stati, di evitare le garanzie sostanziali e procedurali a cui i migranti oggetto del traffico hanno diritto⁸⁶⁹.

Generalmente, i trattati di diritti umani hanno un'applicazione estesa a tutte le persone all'interno del territorio dello Stato e/o a tutti i soggetti che siano soggetti alla giurisdizione statale⁸⁷⁰. Il concetto di "essere soggetto alla giurisdizione" di uno Stato è stato interpretato dal Comitato dei Diritti Umani delle Nazioni Unite in relazione con il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) nel senso che uno Stato parte deve rispettare ed assicurare i diritti stabiliti nella Convenzione nei

⁸⁶⁷ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 406.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, pag. 407.

⁸⁶⁹ Per approfondire, V. B. RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?* in B. RYAN, V. MITSILEGAS *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges 2010*, Leiden, Boston.

⁸⁷⁰ Ad esempio, la Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici [ICCPR], adottata il 16 dicembre 1966, entrata in vigore il 23 marzo 1976, Art. 2 (1); la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [CEDU], adottata il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 30 settembre 1953, Art. 1; la Convenzione americana sui diritti umani, adottata il 22 novembre 1969, entrata in vigore il 18 luglio 1978, Art. 1.

confronti di ogni persona che di fatto si trovi sotto la giurisdizione statale, ossia soggetti «sotto il potere o il controllo effettivo di uno Stato parte, a prescindere dal fatto che essa si trovi all'interno o all'esterno del territorio dello Stato»⁸⁷¹.

Viene inoltre aggiunto che «il godimento dei diritti contenuti nella Convenzione non è limitato ai cittadini dagli Stati parte ma è esteso a tutti gli individui, a prescindere dalla nazionalità, come richiedenti asilo, rifugiati, lavoratori migranti e altre persone, i quali si trovino nel territorio o sotto la giurisdizione dello Stato parte»⁸⁷². Tale ultimo principio è applicabile «nei confronti di coloro che si trovino sotto il potere o il controllo effettivo delle forze dello Stato parte che opera al di fuori del proprio territorio, a prescindere dalle circostanze grazie alle quali detto potere o controllo è stato ottenuto»⁸⁷³.

Analogamente, in un caso riguardante migranti irregolari soccorsi in mare dalla Spagna e fatti tornare in Mauritania per poi essere processati, il Comitato contro la tortura ritenne che la Spagna avesse esercitato un controllo effettivo nei confronti dei migranti dal momento del loro soccorso fino all'inizio della detenzione in Mauritania e, conseguentemente, che fosse incorsa in responsabilità internazionale ai sensi della Convenzione⁸⁷⁴.

Inoltre, anche la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che le previsioni dei trattati di diritti umani si applicano alle azioni degli Stati svolte al di fuori del territorio, anche quando la lettera del trattato non prevede una tale applicazione extraterritoriale⁸⁷⁵. Con riferimento alla ICCPR, ha poi asserito che «sebbene la giurisdizione degli Stati sia principalmente territoriale, essa può a volte essere esercitata extraterritorialmente. Considerato l'oggetto e lo scopo del Patto

⁸⁷¹ Comitato dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, "General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant", UN Doc. HRI/GEN. 1/Rev. 7, pag. 192, 29 marzo 2004, para. 10.

⁸⁷² *Ibidem*.

⁸⁷³ *Ibidem*.

⁸⁷⁴ *J.H.A. v. Spain*, UNCAT Comm. No. 323/2007, 21 novembre 2008, para. 8.2.

⁸⁷⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*, [2004], ICJ Rep 136 [*Israeli Wall Advisory Opinion*], para. 111; *Application of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) (Provisional Measures)*, [2008] ICJ Rep 353, para 109.

Internazionale sui diritti civili e politici, sembra naturale che anche in tale caso, gli Stati parte alla Convenzione debbano essere vincolati al rispetto delle relative disposizioni»⁸⁷⁶.

A livello regionale, la giurisprudenza più importante è senza dubbio quella della Corte europea dei diritti umani. Nel celebre caso *Hirsi Jamaa v. Italy* (interdizione in alto mare e respingimento in Libia di migranti somali ed eritrei oggetto del traffico da parte della guardia costiera italiana), la Corte di Strasburgo stabilì che l'Italia avesse esercitato la propria giurisdizione nei confronti degli attori, in particolare stabilendo che «*gli allontanamenti di stranieri eseguiti nell'ambito di intercettazioni in alto mare da parte delle autorità di uno Stato e nell'esercizio dei pubblici poteri, e che producono l'effetto di impedire ai migranti di raggiungere le frontiere dello Stato, o addirittura di respingerli verso un altro Stato, costituiscono un esercizio della loro giurisdizione [...]»⁸⁷⁷.*

Come visto, la Corte stabilì che le azioni dell'Italia avessero violato i diritti fondamentali dei migranti, nonostante che i fatti si fossero svolti al di fuori del territorio italiano. Sebbene l'Italia avesse tentato di giustificarsi qualificando l'operazione come di ricerca e soccorso, la Corte non ritenne rilevante l'eccezione e la sentenza può essere definita come «*una chiara affermazione della responsabilità degli Stati per le loro attività in mare di controllo dell'immigrazione»⁸⁷⁸.*

Ancor più eloquentemente, nel caso *Medvedyev*, la stessa Corte EDU affermò che «*la speciale natura del contesto marittimo non può giustificare l'esistenza di un'area al di fuori del diritto nella quale gli individui non sono tutelati da alcun sistema giuridico capace di assicurare il godimento dei diritti e delle garanzie della Convenzione che gli Stati hanno accettato di garantire a ogni persona all'interno della loro giurisdizione»⁸⁷⁹.*

Sebbene lunghi sono le (poche) sentenze dal risolvere definitivamente la questione, pare tuttavia registrarsi un'evoluzione verso una precisa

⁸⁷⁶ *Israeli Wall Advisory Opinion*, para. 109.

⁸⁷⁷ *Hirsi Jamaa v. Italy*, para. 180.

⁸⁷⁸ C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored* (2012) *Human Rights Law Review* 287, pag. 300.

⁸⁷⁹ *Medvedyev and Others v. France*, (2010) 51 CEDU 39 (CEDU, 29 marzo 2010), par. 81.

direzione. Le corti e le istituzioni di diritti umani sono unite nel respingere la possibilità di una lacuna giuridica fisica, ossia uno spazio dove gli Stati parte dei trattati di diritti umani possono violare impunemente le norme che governano le loro condotte all'interno del proprio territorio⁸⁸⁰.

Tale dato trova espressa sanzione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in relazione ai respingimenti dei migranti in acque internazionali, ha ribadito il principio generale secondo cui: «*the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction*»⁸⁸¹.

È quindi ragionevole concludere asserendo che gli obblighi extraterritoriali in materia di diritti umani insorgono «*quando uno Stato esercita un controllo, un potere o un'autorità nei confronti di persone o situazioni che si trovano al di fuori della proprio territorio sovrano, quando tale controllo si ripercuote sul godimento dei diritti fondamentali dei soggetti in dette situazioni*»⁸⁸².

Non è peraltro in discussione il fatto che le attività di interdizione navale comportino l'esercizio di "potere, controllo o autorità". Sfortunatamente, quanto appena considerato lascia senza risposta la questione relativa alla determinazione degli obblighi extraterritoriali degli Stati in materia di diritti umani nei confronti di migranti trafficanti che non siano oggetto né di interdizione né di soccorso.

Nel caso in cui un'imbarcazione in pericolo in mare non venga considerata da nessun tipo di operazione statale e venga semplicemente lasciata naufragare, certamente non verrà esercitato nessun tipo di "potere, controllo o autorità" da parte di alcuno Stato. Sicuramente in tale caso si avrà una violazione degli obblighi relativi alla ricerca e al soccorso, ma è molto meno chiaro se lo Stato in questione possa essere ritenuto

⁸⁸⁰ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 410.

⁸⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sentenza Hirsi*, punto 178.

⁸⁸² O. DE SCHUTTER, A. EIDE, A. KHALFAN, M. ORELLANA, M. SALOMON, I. SEIDERMAN, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligation of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly* 1084, 2010, pag. 1090.

responsabile anche per il mancato adempimento degli obblighi extraterritoriali in materia di diritti umani⁸⁸³.

⁸⁸³ A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge, pag. 411.

10. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI RIFUGIATI IN MARE

L'obbligo di non respingimento⁸⁸⁴, che è la pietra angolare di tutto il sistema di protezione dei migranti, è affermato da una pluralità di norme di natura convenzionale, europee ed internazionali. In primo luogo è possibile ricordare il richiamo dell'art. 4 del nuovo regolamento 656/2014, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁸⁸⁵. Esso è poi tutelato direttamente dall'art. 33 della Convenzione delle Nazioni Unite sullo status dei rifugiati del 1951, dalla Convenzione contro la tortura⁸⁸⁶ e, in via indiretta, dalla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) e dal Patto sui diritti civili e politici. L'obbligo di non respingimento, oltre a essere specificamente pensato per la protezione dei rifugiati, è considerato un corollario del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti sancito nelle norme convenzionali in materia di diritti umani⁸⁸⁷.

Essendo il divieto di tortura una norma di *jus cogens*⁸⁸⁸, l'obbligo di non respingimento, in quanto parte integrante della norma, assume un carattere "assoluto".⁸⁸⁹

Tuttavia, l'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra relativa allo status di rifugiato non coincide con quello delle Convenzioni in materia di diritti umani: la prima si applica ai cosiddetti "*statutory refugees*", definiti nell'art. 1 della Convenzione stessa⁸⁹⁰; le norme in

⁸⁸⁴ Sull'obbligo di non respingimento, V. S. TREVISANUT, *The principle of non refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2010, Oxford, pag. 205 ss.; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pag. 287 ss.

⁸⁸⁵ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 19 (2).

⁸⁸⁶ Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata il 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 27 giugno 1987.

⁸⁸⁷ L'obbligo di non respingimento è incluso nell'art. 3 della Convenzione contro la tortura. Diversamente, né il Patto sui diritti civili e politici, né la CEDU menzionano espressamente il divieto di *refoulement*. Questo è però ricavabile dalla ricca giurisprudenza, specialmente della Corte EDU, sull'obbligo di non respingimento di individui che rischiano di subire, nel paese di destinazione, trattamenti inumani e degradanti e/o atti di tortura. Si V. S. TREVISANUT, *The principle of non refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2010, Oxford, pag. 205 ss.

⁸⁸⁸ Così si è espressa la Corte EDU nel caso *Al-Adsani v. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2011, par. 60-61.

⁸⁸⁹ Si esclude dunque che gli Stati possano giustificare l'allontanamento di un individuo con esigenze di sicurezza nazionale, quando l'individuo stesso rischi di subire tortura o trattamenti inumani e degradanti nel paese di destinazione. V. A. GIANNELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pag. 449 ss.

⁸⁹⁰ Il termine "*statutory refugee*" si applica a ogni persona che abbia un «*giustificato timore d'essere*

materia di diritti umani non si applicano invece a una categoria cosò ristretta di persone, potendosi configurare l'obbligo di non respingimento allorquando un individuo rischi di subire la violazione di determinati diritti.

L'obbligo di non respingimento si applica non solo nei confronti di soggetti il cui status di rifugiato sia già formalmente riconosciuto, ma anche a richiedenti asilo la cui domanda sia ancora pendente⁸⁹¹.

Sebbene nelle acque territoriali l'applicabilità dell'obbligo di non respingimento è ritenuta pacifica⁸⁹², è da segnalarsi la prassi di alcuni Stati (Australia e Francia) di escludere determinate aree dalla protezione di cui alla Convenzione di Ginevra. tale prassi è stata aspramente criticata⁸⁹³ e, per quanto riguarda la Francia, è stata oggetto di un giudizio censore da parte della Corte europea dei diritti umani nel caso *Amuur*⁸⁹⁴.

L'applicazione di tale obbligo è meno pacifica in acque internazionali⁸⁹⁵. L'intercettazione in alto mare di migranti oggetto del traffico non viola di per sé l'obbligo di non allontanamento, ma può costituire la premessa per un successivo allontanamento del soggetto verso paesi terzi "non sicuri"⁸⁹⁶.

È necessario innanzitutto considerare una prassi negativa rispetto all'applicazione extraterritoriale dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra. Alcuni Stati di destinazione e un sottile ma coerente orientamento giurisprudenziale sostengono che l'applicabilità dell'obbligo di non allontanamento non si estenda ai richiedenti asilo che non si trovino fisicamente all'interno dei confini dello Stato⁸⁹⁷. A tale prassi si è peraltro

perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi».

⁸⁹¹ UNHCR Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of *Non-refoulement* Obligations, par. 6.

⁸⁹² Sul punto, V. S. TREVISANUT, *The principle of non refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2010, Oxford, pag. 205 ss.

⁸⁹³ M. O'SULLIVAN, *Withdrawing Protection under Article 1 C (5) of the 1951 Convention: Lessons from Australia*, in *International Journal of Refugee Law*, 2008, pag. 586 ss.

⁸⁹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Amuur v. Francia*, ricordo n. 19776/92, sentenza del 15 giugno 1996, par. 52-53.

⁸⁹⁵ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *The Externalization of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law*, in *European Journal of Migration Law*, 2010, pag. 1 ss.

⁸⁹⁶ G. S. GOODWIN-GIL, *The Refugee in International Law*, 1996, Oxford, pag. 277.

⁸⁹⁷ *Sale, Acting Commissioner, Immigration and naturalization service, et al., Petitioners v. Haitian*

immediatamente opposta, sulle medesime circostanze fattuali, una pronuncia della Commissione interamericana dei diritti umani⁸⁹⁸.

L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)⁸⁹⁹, invece, afferma sostanzialmente il principio del controllo effettivo, ammettendo dunque l'applicabilità del principio di non allontanamento ogni qualvolta uno Stato eserciti la propria giurisdizione su di un soggetto o un'imbarcazione.

Anche la questione dell'applicabilità in mare del obbligo di non allontanamento può essere affrontata alla luce del summenzionato principio dell'effettivo controllo. Ne conseguirebbe che in ogni caso lo Stato eserciti giurisdizione sarebbe obbligato al non respingimento dei rifugiati verso le frontiere di paesi dove la loro vita o libertà sarebbero minacciate a causa della loro «*razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o loro opinioni politiche*»⁹⁰⁰.

Inoltre, secondo alcuni autori, sarebbe la stessa interpretazione letterale della norma in questione a suggerire l'estensione dell'ambito di applicazione. Ad essere menzionate nell'art. 33, infatti, sarebbero due condotte, "expel" e "return" o "refouler" nella versione francese, la seconda delle quali, obbligo di non refoulement, necessariamente implicherebbe un'applicazione extraterritoriale⁹⁰¹. Altri autori invece affermano che l'applicazione extraterritoriale dell'obbligo discenda da un'interpretazione letterale del termine "whatsoever" contenuto nella versione inglese della norma⁹⁰².

L'applicazione extraterritoriale sembra essere dunque confortata anche da un'interpretazione della Convenzione di Ginevra finalizzata a

Centers Council, Inc, et al., 509 US 155 (US SC, Jun.21, 1993) [*Sale v. Haitian Centers Council*]. Per approfondire, V. paragrafo 5.1 del primo capitolo.

⁸⁹⁸ Commissione interamericana dei diritti umani, *The Haitian Centre for Human Rights e altri v. Stati Uniti*, caso n. 10.676, decisione del 13 marzo 1997.

⁸⁹⁹ L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR) (o UNHCR nel suo, più conosciuto acronimo in lingua inglese), *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non - refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e del suo Protocollo del 1967*, Ginevra, 26 gennaio 2007.

⁹⁰⁰ Convenzione relativa allo status dei rifugiati, art. 33.

⁹⁰¹ T. GAMMELTOFT-HANSEN, *The Externalization of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law*, in *European Journal of Migration Law*, 2010, pag. 10.

⁹⁰² A. FISCHER-LESCANO, T. THOR, T. TOHIDIPUR, *Border Control at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, pag. 103.

tutelare le vittime delle persecuzioni che darebbero titolo a richiedere lo *status* di rifugiato⁹⁰³.

Si deve comunque considerare come l'evoluzione della giurisprudenza della CEDU legata all'applicazione extraterritoriale delle norme in materia di diritti umani abbia contribuito a consolidare l'applicazione extraterritoriale dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra. In tale contesto, l'obbligo di non respingimento viene condizionato all'esercizio, da parte degli Stati cui si impone l'obbligo stesso, della propria giurisdizione⁹⁰⁴.

La Corte di Strasburgo, dopo varie oscillazioni talvolta contrastanti⁹⁰⁵, ha finalmente sancito l'applicazione extraterritoriale della CEDU a condizione che lo Stato eserciti una forma di controllo sulle vittime delle condotte poste in essere al di fuori del proprio territorio, anche in alto mare⁹⁰⁶. L'ultimo orientamento della Corte EDU, affermato con la sentenza *Hirsi*, ha stabilito l'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani nel contesto dei respingimenti operati dall'Italia verso la Libia in acque internazionali⁹⁰⁷.

In quest'ultimo caso, la Corte di Strasburgo ha concluso in tal modo attraverso l'applicazione extraterritoriale dell'obbligo di non respingimento, giustificato dalla presenza dei ricorrenti su navi battenti bandiera italiana sulle quali si estende, pacificamente, la giurisdizione dello Stato italiano⁹⁰⁸. Tuttavia, una così chiara e lineare linea interpretativa rende potenzialmente incerta l'applicabilità della CEDU in altri scenari, in cui, ad esempio, eventuali barconi vengono "scortati" senza che vi sia alcun contatto con i membri dell'equipaggio e senza che gli stessi vengano ospitati a bordo della nave dello Stato costiero. Inoltre sarebbe di difficile argomentazione il richiamo alla giurisdizione statale nel caso delle operazioni congiunte

⁹⁰³ Ibidem, pag. 270.

⁹⁰⁴ Intesa nel senso di "*jurisdiction*", così come riportata nei Trattati internazionali in materia di diritti umani e, per quanto riguarda la CEDU, nell'art. 1.

⁹⁰⁵ Si veda: Corte europea dei diritti umani, *Loizidou v. Turchia*, ricorso n. 15318/89, sentenza (*preliminary objections*) del 23 marzo 1995, par. 62 e sentenza del 18 dicembre 1996, par. 56; Corte europea dei diritti umani, *Al-Skeini v. Regno Unito*, ricorso n. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011, par. 149.

⁹⁰⁶ Corte europea dei diritti umani, *Medvedyev v. Francia*, ricorso n. 3394/03, sentenza del 29 marzo 2010.

⁹⁰⁷ Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

⁹⁰⁸ I ricorrenti furono infatti fatti salire a bordo di navi battenti bandiera italiana, dove si sarebbero poi verificate le violazioni dei diritti umani per cui l'Italia è stata condannata.

coordinate da Frontex, il cui personale può essere, e di norma è, di diverse nazionalità⁹⁰⁹.

Anche in tali situazioni, però, lo Stato membro può comunque esercitare una qualche forma di controllo sui migranti.

A una siffatta conclusione si può addivenire ricorrendo a un approccio fondato sull'effettività che si poggia su una differenziazione tra obblighi positivi e obblighi negativi.

Per i primi, l'estensione della giurisdizione seguirebbe l'attribuzione della condotta allo Stato, ossia sarebbe sufficiente stabilire che lo Stato stesse, al momento della condotta, esercitando un controllo effettivo sulla vittima della violazione⁹¹⁰.

Per i secondi, invece, sarebbe necessario un controllo più diffuso, che implichi anche una dimensione territoriale, non essendo sufficiente il mero controllo sul soggetto vittima della condotta. In altri termini, lo Stato deve ragionevolmente poter influire, con la sua condotta, sulla protezione delle vittime⁹¹¹.

L'obbligo di non respingimento, essendo di natura negativa, può quindi applicarsi al di fuori del territorio statale anche in assenza di un controllo diffuso sulla porzione di territorio, alto mare incluso, in cui si trova il migrante, potendo bastare che lo Stato eserciti un controllo sull'individuo⁹¹². Un tale controllo può sussistere anche in assenza di contatto fisico con i migranti, come sostenuto dalla Corte EDU⁹¹³.

Certamente risulterebbe problematico, per gli Stati, negare la propria giurisdizione su individui nei confronti dei quali sta esercitando una forma di "potere pubblico", anche in assenza di un contatto fisico con essi⁹¹⁴.

⁹⁰⁹ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 2014, pag. 42.

⁹¹⁰ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, 2013, Oxford, pag. 207-209.

⁹¹¹ *Ibidem*, pag. 2013; J. CERONE, *Minding the gap: Outlining KFOR Accountability in Post-conflict Kosovo*, in *European Journal of International Law*, 2001, pag. 478-480.

⁹¹² A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 2014, pag. 42.

⁹¹³ Corte europea dei diritti umani, *Women on waves e altri v. Portogallo*, ricordo n. 31276/05, sentenza del 3 febbraio 2009, par. 43.

⁹¹⁴ Il riferimento è alla nozione di "public powers" adottata dalla Corte EDU nella pronuncia nel caso *Al-Skeini*.

11. IL DIBATTITO IN MERITO ALLA CONFIGURABILITÀ DI UN "DIRITTO AD ESSERE SALVATI" E ALLA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ DI FRONTEX

Il quadro normativo appena descritto non fa però luce sui diritti e gli obblighi che ne derivano. È prova di ciò il recente richiamo, operato dal direttore della divisione operativa di Frontex nei confronti del Governo italiano, con il quale l'Agenzia ha chiarito come una telefonata satellitare non possa *sic et simpliciter* attivare un'operazione di ricerca e soccorso "in zone poste fuori dall'area di operazione di *Triton*"⁹¹⁵. Affermazioni di questo genere mettono in discussione l'efficacia delle operazioni coordinate da Frontex di soccorso di migranti in difficoltà in alto mare.

Alla luce del quadro giuridico nel presente capitolo considerato, l'obbligo giuridico che se ne ricava è di mezzi e non di risultato. In altri termini, gli Stati non sono obbligati a "salvare" migranti in pericolo, bensì ad approntare tutte le misure necessarie per farlo e a vigilare che i comandanti delle navi che battono la loro bandiera agiscano nel rispetto dell'art. 98 UNCLOS⁹¹⁶. Siffatti obblighi non contemplano, almeno *expressis verbis*, un autonomo diritto "a essere salvati" in capo agli individui⁹¹⁷.

Tuttavia, le stesse norme fanno, come visto, riferimento a un "luogo sicuro" nel quale devono essere sbarcati gli individui salvati in mare. Proprio partendo dal riferimento al "luogo sicuro", vi è chi ritiene che tali norme possono essere interpretate nel senso di attribuire agli individui un diritto ad essere salvati in mare⁹¹⁸, conformemente a quell'orientamento

⁹¹⁵ La notizia è stata diffusa dall'Agenzia adnkronos il 9 dicembre 2014 ed è reperibile sul sito www.adnkronos.com con il titolo *Immigrati, Frontex "preoccupata" per troppi interventi fuori area*.

⁹¹⁶ E. PASTAVRIDIS, *Is there a right to be rescued at sea? A sceptical view*, in *Questions of International Law, Zoom-in 4*, 2014, pag. 21.

⁹¹⁷ *Ibidem*, pag. 22. In questo senso si può parlare di una sorta di impermeabilità delle norme di diritto internazionale del mare rispetto a quelle in materia di diritti umani.

⁹¹⁸ S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *Questions of International Law, Zoom-in 4*, 2014, pag. 7-8.

dottrinale secondo cui il diritto internazionale del mare sarebbe da leggersi “*human rights oriented*”⁹¹⁹.

Un “diritto a essere salvati” può comunque essere ricostruito a partire dagli obblighi derivanti dalle norme convenzionali in materia di diritti umani: in particolare l’obbligo di prestare soccorso ai migranti in mare può essere derivato in via interpretativa, sancito in numerosi strumenti internazionali.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, ha elaborato la dottrina degli obblighi positivi, che impone agli Stati membri della CEDU, entro certi limiti, l’obbligo di proteggere la vita degli individui posti sotto la propria giurisdizione⁹²⁰ in virtù di un’interpretazione evolutiva dell’art. 2 della Convenzione stessa. Trattandosi di obblighi positivi, il controllo, come anticipato, deve essere diffuso, o quantomeno essere tale da consentire allo Stato di intervenire.

Ipotizzando lo scenario della cosiddetta “*Left-to-die boat*”⁹²¹, sembra lecito domandarsi se la “chiamata satellitare” che uno Stato dovesse ricevere da un natante in difficoltà, evocata dal direttore della sezione operativa di Frontex, sia sufficiente per estendere la giurisdizione di quello Stato sui migranti alla deriva.

Si può dare, contrariamente all’opinione del direttore della sezione operativa di Frontex, una risposta positiva a condizione che lo Stato che riceve la chiamata sia a conoscenza delle esatte coordinate del luogo in cui

⁹¹⁹ *Ibidem*, pag. 7. Vi sono molti autori che affermano che le norme di diritto internazionale del mare vadano interpretate nell’ottica della tutela dei diritti umani, V. T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2008, pag. 1 ss.; I. PAPANICOLOPULU, *International Judges and Protection of Human Rights at Sea*, in *International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, in N. BOSCHIERO e altri (ed.), 2013, Amsterdam, pag. 535 ss.

⁹²⁰ La dottrina degli obblighi positivi degli Stati in materia di diritti umani è trattata estensivamente in R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l’Etat par violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 2008, Leiden, Boston, pag. 175-506.

⁹²¹ Il caso particolare riguarda un’imbarcazione di migranti partenti da Tripoli, in Libia, lasciata in balia delle acque nonostante le autorità di alcuni Stati allora coinvolti nell’operazione della NATO *Unified Protector* avessero ricevuto, ed evidentemente ignorato, una chiamata di soccorso effettuata dallo stesso barcone. Sul punto, V. la risoluzione dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, *Lives lost in the Mediterranean Sea: Who is responsible?*, n. 1872 (2012) reperibile sul sito assembly.coe.int

si trova il natante⁹²², al fine di soddisfare il criterio del controllo diffuso per estendere la giurisdizione statale.

La costruzione di un “diritto a essere salvati” nell’ambito delle norme sui diritti umani deve spingere i vertici operativi di Frontex a considerare la necessità di intervenire nel momento in cui, come visto, giunga una chiamata satellitare che identifichi, con precisione, le coordinate del natante in difficoltà, anche se tale luogo si collochi al di fuori delle aree di intervento dell’operazione in questione.

Il mancato intervento in un siffatto scenario potrebbe essere oggetto di un ricorso in sede nazionale o internazionale (principalmente la Corte EDU) sulla responsabilità degli Stati partecipanti a un’operazione di Frontex di prestare assistenza e soccorso⁹²³.

11.1 LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI NELL'AMBITO DELLE ATTIVITÀ DI FRONTEX

Le pregresse considerazioni circa l'esistenza e l'azionabilità di un diritto a essere salvati implicano una considerazione su un tema fondamentale nell'ambito delle operazioni coordinate da Frontex: l'attribuzione delle eventuali condotte lesive dei diritti umani. Nonostante Frontex abbia sempre escluso di potersi considerare responsabile per le condotte degli Stati membri partecipanti, una simile ipotesi non può, in principio, escludersi.

Il dato normativo per inquadrare il tema della responsabilità nell'ambito di Frontex va ricercato sia negli Articoli sulla responsabilità degli Stati, sia in quelli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, rispettivamente elaborati dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite⁹²⁴ e approvati, in seconda lettura,

⁹²² S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *Questions of International Law*, Zoom-in 4, 2014, pag. 13 parla di “*exclusive long distance de facto control*”.

⁹²³ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza XVI*, 3-4 2014, pag. 54.

⁹²⁴ La Commissione del diritto internazionale è un organo sussidiario permanente delle Nazioni Unite. È stata istituita dall'Assemblea generale con la risoluzione del 21 novembre 1947 n. 174 (II), che ne ha approvato lo statuto, per promuovere «*lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione*».

dall'Assemblea Generale dell'ONU rispettivamente nel 2001⁹²⁵ e nel 2011⁹²⁶.

Innanzitutto è importante ricordare la pacifica imputabilità delle condotte in violazione dei diritti umani poste in essere dagli Stati che partecipano alle operazioni di Frontex, agli Stati stessi. Il personale che materialmente prende parte a una qualsiasi operazione è e resta organo dello Stato d'invio: la condotta è, dunque, attribuibile allo Stato in virtù dell'art. 4 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati⁹²⁷. Frontex, infatti, non può materialmente violare i diritti umani, in ragione dei limiti del proprio mandato⁹²⁸.

Il problema è che il mandato di Frontex si è enormemente dilatato nel primo decennio di vita dell'Agencia e il sostanziale potenziamento della capacità operativa di Frontex non è stato accompagnato da uno sforzo di sistematica ricostruzione delle rispettive responsabilità degli attori in relazione alle condotte poste in essere nell'ambito delle operazioni da essa coordinate⁹²⁹.

Tale punto può essere tuttavia ribaltato qualora si provasse che gli organi in questione siano posti sotto l'autorità di un altro soggetto: l'Agencia stessa oppure lo Stato a cui è affidato il comando dell'operazione.

Considerando in primo luogo la potenziale responsabilità dell'Agencia, è necessario fare riferimento ai lavori della Commissione del diritto internazionale sulla codificazione della responsabilità delle organizzazioni internazionali. Ai fini dell'attribuzione delle condotte, i

⁹²⁵ Commissione del diritto internazionale, UN Doc. A/56/10, pag. 31.

⁹²⁶ Commissione del diritto internazionale, UN Doc. A/66/10, pag. 55.

⁹²⁷ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 3-4 2014, pag. 56.

⁹²⁸ Ciò è stato ribadito dalla Commissione, secondo cui «*Frontex cannot impose any activity on the territory or at the border of a Member State without the consent of that Member State*». Cfr. Commissione europea, SEC (2010) 149, pag. 40.

⁹²⁹ Sulla problematicità dell'imputazione delle condotte nell'ambito delle politiche di esternalizzazione dei controlli migratori V. Ufficio dell'Alto Commissariato per i diritti umani (OHCHR), *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants Concludes his Third Country Visit in his Regional Study on the Human Rights of Migrants at the Border of the European Union: Italy*, Rome, 8 October 2012. In dottrina V. B. MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, pag. 76 ss.; S. KLEPP, *A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea*, in *European Journal of Migration and Law*, 2010.

rapporti che debbono crearsi tra lo Stato e l'organizzazione internazionale sono descritti nell'art. 7 del Progetto del 2011. Questa norma attribuisce all'organizzazione internazionale "ricevente" le condotte dell'organo statale "prestato" a condizione che la prima abbia esercitato un "controllo effettivo" sulle seconde⁹³⁰.

Tuttavia, l'art. 7 non pare ben descrivere le operazioni di Frontex, in quanto è principalmente pensato per le operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, nelle quali avviene un vero e proprio trasferimento d'autorità alle Nazioni Unite⁹³¹. Non sembra invece esserci un trasferimento d'autorità nell'ambito delle operazioni di Frontex, ciò in questo l'Agenzia, per sua natura, svolge un ruolo di mero coordinamento delle attività.

Ugualmente complessa sembra essere l'ipotesi del "prestito d'organi" nel rapporto tra i diversi Stati partecipanti ad un'operazione di Frontex ai sensi dell'art. 6 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati⁹³² in relazione allo scenario in cui uno Stato assuma il comando di un'operazione a cui partecipino altri Stati e che le forze di polizia di questi ultimi siano poste sotto l'autorità del primo⁹³³. In tali casi, la condotta verrebbe attribuita unicamente allo Stato a cui l'organo "viene prestato". Tuttavia, a escludere questa ipotesi sarebbe la sottoposizione delle guardie di frontiera ai poteri disciplinari dello Stato d'invio, nonché la difficoltà della realizzazione di un controllo di intensità tale da ricondurre la condotta in questione allo Stato che "comanda" l'operazione.

Maggiormente idonea a descrivere la complessità delle operazioni di Frontex, a cui partecipano diverse entità giuridiche, sembra essere la possibilità di attribuire simultaneamente una medesima condotta a più

⁹³⁰ Sul punto, si V. il secondo rapporto dello *special rapporteur* sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, G. GAJA, *Second report on responsibility of international organizations*, UN Doc., A. CN. 4/541 del 2 aprile 2004, par. 31.

⁹³¹ Sul punto, si V. L. CONDORELLI, *De la responsabilité internationale de l'ONU et/ou de l'Etat d'envoi lors d'actions de Forces de Maintien de la Paix : l'écheveau de l'attribution (double ?) devant le juge néerlandais*, in *Questions of International Law*, Zoom-in, 2014, pag. 1 ss.

⁹³² «the conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed». Articoli sulla responsabilità degli Stati, art. 6.

⁹³³ Regolamento (CE) n. 863/2007, art. 5(3): «i membri delle squadre possono svolgere compiti ed esercitare competenze esclusivamente agli ordini delle guardie di frontiera dello stato membro ospitante e, di norma, in loro presenza».

soggetti⁹³⁴. Nell'ambito dei rapporti tra l'Agenzia e gli Stati membri che partecipano ad un'operazione sembra potersi configurare, in ipotesi, una responsabilità dell'UE per aver assistito gli Stati nella condotta lesiva ai sensi dell'art. 14 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali⁹³⁵.

Se invece l'indagine viene spostata sul piano dei rapporti tra gli Stati partecipanti all'operazione, le ipotesi sono diverse⁹³⁶.

Possono evidenziarsi varie ipotesi ai fini del riparto della responsabilità.

In primo luogo, quella in cui l'operazione si svolge nelle acque territoriali e/o nella zona contigua dello Stato membro che la ospita e veda la partecipazione di personale distaccato di altri Stati membri e di Frontex. In questo caso la responsabilità principale nell'assicurare il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana di coloro che si trovano nella sua *jurisdiction* è dello Stato ospitante. Ciò può essere agevolmente sostenuto, stante la sua sovranità esclusiva⁹³⁷ e il ruolo che a tale Stato è attribuito dal regolamento istitutivo di Frontex⁹³⁸.

Ciò tuttavia non escluderebbe la corresponsabilità degli altri Stati partecipanti in relazione alle condotte del loro personale distaccato, non

⁹³⁴ Si V. A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, in *Michigan Journal of international Law*, 2013.

⁹³⁵ L'art. 14 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali così recita: «*An international organization which aids or assists a State or another international organization in the commission of an internationally wrongful act by the State or the latter organization is internationally responsible for doing so if: (a) the organization does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that organization*». Tale ipotesi, ancorché teoricamente solida, si scontra con le difficoltà, allo stato attuale, di convenire in giudizio l'UE, sia dinanzi alla Corte di giustizia, sia per la mancata, ad oggi, adesione dell'UE alla CEDU.

⁹³⁶ In generale sul punto, V. M. L. PADELETTI, *Pluralità di stati nel fatto illecito internazionale*, 1990, Milano.

⁹³⁷ Come già ricordato, nelle acque territoriali e per estensione nella zona contigua, lo Stato costiero può interferire soltanto con il transito di vascelli che non costituisca un passaggio inoffensivo (tale è stato definito nella prassi il passaggio di imbarcazioni che trasportino clandestinamente i migranti). È responsabile in via esclusiva per le attività di interdizione dell'immigrazione irregolare e gode del diritto di inseguimento. V. art. 2 (1), 33, 17, 19 (2) (g) e 111 (1) UNCLOS.

⁹³⁸ Come già indicato, lo Stato ospitante l'operazione congiunta è responsabile in ordine alla definizione dei contenuti del piano operative e alla corretta attuazione dello stesso. Lo Stato membro ospitante istruisce le guardie di frontiera degli altri Stati membri partecipanti (Regolamento istitutivo di Frontex, art. 3-quarter, (2)). Tale Stato è «*responsabile dei danni da loro causati nell'esercizio delle loro funzioni*» (Regolamento istitutivo di Frontex, art. 10-ter (1)), sicché gli agenti distaccati degli altri Stati membri partecipanti «*possono svolgere compiti ed esercitare competenze esclusivamente agli ordini delle guardie di frontiera dello Stato membro ospitante e, di norma, in loro presenza*» (Regolamento istitutivo di Frontex, art. 10 (3) e art. 1-bis (6)).

essendo accreditabile, come già indicato, in relazione alla forma di cooperazione in esame, l'ipotesi del "prestito di organi" ai sensi dell'art. 6 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati.

In secondo luogo, può considerarsi l'ipotesi in cui la cooperazione all'interdizione dell'immigrazione irregolare abbia luogo in acque internazionali, nel qual caso possono considerarsi tre scenari fondamentali: quello in cui lo Stato membro ospitante sia l'unico ad agire in base al piano operativo predisposto congiuntamente con Frontex; quello in cui vi siano più Stati membri partecipanti all'operazione sotto la direzione dello Stato membro ospitante e il coordinamento di Frontex; e quello in cui vi siano più Stati membri ospitanti e numerosi Stati membri e paesi terzi partecipanti⁹³⁹.

Come già ricordato, non è in discussione la possibilità che la condotta degli attori che partecipano alle operazioni congiunte in acque internazionali ne sollevi la responsabilità per violazione dei diritti umani, anche qualora i migranti non vengano tradotti a bordo della nave in servizio di Stato, purché il controllo *de facto* esercitato sui passeggeri sia effettivo⁹⁴⁰.

Il problema si pone, piuttosto, in termini di imputabilità delle condotte ai diversi attori coinvolti nell'operazione congiunta. È chiaro, infatti, che solamente nell'ipotesi in cui il piano operativo individui un unico Stato membro ospitante e ponga in capo a tale Stato il comando dell'operazione, il cui svolgimento avvenga mediante il solo utilizzo d'imbarcazioni battenti la sua bandiera e di personale di tale Stato, quest'ultimo possa essere individuato quale responsabile in via esclusiva in caso di fatto illecito.

Il quadro tuttavia si complica in maniera proporzionale al numero di attori coinvolti nell'operazione congiunta coordinata da Frontex, mutando già nel momento in cui sia prevista la partecipazione all'operazione del

⁹³⁹ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 199.

⁹⁴⁰ V. paragrafo 8.

personale distaccato di altri Stati membri, non potendosi, come già indicato, accreditare l'ipotesi del "prestito di organi"⁹⁴¹.

In questi casi, il riparto delle responsabilità dovrebbe essere chiarito dai piani operativi, che non sono stati, almeno sinora, accessibili al pubblico, né reperibili su richiesta, così come non lo sono i rapporti sull'andamento delle operazioni congiunte⁹⁴². E, tuttavia, nel "riserbo" di Frontex sulle modalità di svolgimento delle operazioni da essa coordinate in acque internazionali, fonti accreditate testimoniano dell'assenza di un coordinamento efficace e di una chiara catena di controllo, a cui si deve aggiungere il tema del rispetto del principio di non respingimento e dell'obbligo consuetudinario di salvaguardia della vita umana in mare⁹⁴³.

L'ultima ipotesi, la più opaca in relazione al riparto delle responsabilità nelle operazioni congiunte di interdizione dell'immigrazione irregolare in mare coordinate da Frontex, riguarda il caso in cui l'area di operatività dei pattugliamenti coincida con i luoghi posti sotto la *jurisdiction* di un paese terzo. In tale caso, la collaborazione di tale paese si rende indispensabile, nel mare territoriale e nella zona contigua⁹⁴⁴, alla stregua che sul suo territorio fisico⁹⁴⁵. Viene richiesta, in sostanza, l'autorizzazione da parte dello Stato interessato allo svolgimento di attività di interdizione in tali zone di mare o sul proprio territorio⁹⁴⁶.

In base al mandato di Frontex e in virtù della sua natura e della sua dichiarata "irresponsabilità" non può, come anticipato, ritenersi idonea l'attribuzione all'Agenzia del compito di ricercare il consenso del paese

⁹⁴¹ Come già ribadito, affinché si realizzi l'ipotesi di cui all'art. 6 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, è necessario che l'organo messo a disposizione sia posto sotto il comando e il controllo esclusivo dello Stato controllante.

⁹⁴² Le informazioni diffuse dall'Agenzia sulla gestione e il successo delle operazioni congiunte sono sommarie e generali ed è l'Agenzia stessa che si autovaluta nella conduzione delle stesse, come avvenuto in relazione all'operazione *Hera*, su cui V. Frontex, *Beyond the Frontiers, Frontex: The First Five Years*, Warsaw 2010, id., Press Pack, May 2011.

⁹⁴³ V. ad es., M. VELLA, *Frontex: Out of Control? Italian Police Chief Says Food and Fuel is Confiscated to Force Migrants to Turn Back*, in *Malta Today*, 20 July 2008; E. PAPASTAVRIDIS, "Fortress Europe" and FRONTEX: *Within or Without International Law?* in *Nordic Journal of International Law*, 2010, pag. 75 ss.

⁹⁴⁴ Ai sensi degli art. 2 (1), 33, 17, 19 (2) (g) UNCLOS.

⁹⁴⁵ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 203.

⁹⁴⁶ Art. 20 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati.

terzo, che non potrebbe, per giunta, estendersi a tutti gli Stati UE partecipanti all'operazione⁹⁴⁷.

Tuttavia, è altresì inverosimile che tutti gli Stati membri che partecipano all'operazione ottengano singolarmente l'autorizzazione a operare dal paese terzo; e, in effetti, nelle esperienze passate di pattugliamenti congiunti nelle acque di paesi terzi, nelle rare evenienze in cui la partecipazione del paese terzo è stata formalizzata mediante l'adozione di un accordo (e non con scambi di lettere o altri mezzi informali)⁹⁴⁸, l'operazione si è "retta" su un'intesa bilaterale tra il paese terzo e uno solo degli Stati membri dell'Unione, ossia quello che ospitava l'operazione coordinata da Frontex.

La legittimità di tale soluzione, nell'ottica del regime generale della responsabilità internazionale degli Stati, è discutibile in quanto il consenso, per essere validamente prestato, dovrebbe essere negoziato in via bilaterale, e corredato da limiti precisi, per cui dovrebbe escludersi che l'autorizzazione derivante da un accordo tra uno Stato UE e un paese terzo possa essere estesa automaticamente al fine di coprire l'attività posta in essere nelle acque territoriali del paese terzo dagli agenti degli altri Stati membri partecipanti all'operazione congiunta coordinata da Frontex⁹⁴⁹.

La questione si potrebbe risolvere prevedendo un'espressa disposizione in tal senso nell'accordo bilaterale tra lo Stato membro UE che "ospita" l'operazione e il paese terzo nelle cui acque essa si svolge. Tuttavia, gli accordi bilaterali Stati UE-paesi terzi, di autorizzazione ai pattugliamenti congiunti, sono di rado resi pubblici, così come accade, lo si è già detto, per i piani operativi.

Oltre a rendere problematica l'imputazione delle condotte poste in essere nel controllo dei flussi migratori, il ricorso all'assistenza di paesi terzi nelle operazioni d'interdizione dell'immigrazione irregolare sotto

⁹⁴⁷ L'Agenzia non può negoziare l'autorizzazione a operare, stante i vincoli del mandato fissati nel "considerando" n. 4 del preambolo e nell' art. 1 (2) del regolamento istitutivo di Frontex, nonché in base al codice frontiere Schengen, che pone in capo agli Stati membri la responsabilità primaria per la gestione integrata dei confini.

⁹⁴⁸ Sin dall'operazione *Hera*, con cui l'Agenzia ha inaugurato la propria attività nel 2006, lo svolgimento dei pattugliamenti congiunti volti a contenere i flussi migratori irregolari via mare si è basato sull'assistenza apprestata dai paesi terzi della sponda sud del Mediterraneo.

⁹⁴⁹ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 204.

l'egida di Frontex rischia *per se* di compromettere il rispetto degli *standards* europei in materia di tutela dei migranti intercettati, a maggior ragione quando l'operazione si svolge nelle acque territoriali del paese terzo⁹⁵⁰.

Infatti, i migranti intercettati dalle navi di Frontex nelle acque territoriali del paese terzo e ricondotti al porto di partenza vedono frustrato il proprio diritto di lasciare il paese; inoltre, se cittadini del paese terzo che coopera ai pattugliamenti, non possono fare appello alla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato per ottenere che la propria domanda d'asilo sia esaminata in uno degli Stati membri dell'Unione, non risultando integrato il requisito della transnazionalità della migrazione⁹⁵¹ ai fini del riconoscimento dello *status*⁹⁵². Questi potrebbero comunque chiedere la protezione sussidiaria in uno degli Stati membri dell'Unione e, in tale caso, la riconduzione nel porto di partenza senza previo esame della domanda renderebbe priva di effetto la normativa europea. Infine, potrebbero domandare l'accertamento del proprio status alle autorità del paese terzo che coopera con Frontex.

In qualsiasi caso, la riconduzione al porto di partenza delle persone fermate in fase di attraversamento irregolare delle acque territoriali del paese terzo comporta comunque la responsabilità degli Stati partecipanti all'operazione per violazione dell'obbligo di non respingimento ogniqualvolta venisse condotta in maniera automatica e in assenza di un vero esame della situazione individuale dei migranti⁹⁵³.

Difatti, in nessun caso il paese terzo potrà essere individuato come unico responsabile per eventuali illeciti internazionali commessi nelle acque antistanti le sue coste. Quandanche al paese terzo venisse affidato un ruolo direttivo dell'operazione, e quest'ultima prevedesse l'utilizzo di

⁹⁵⁰ V. Parlamento europeo, PE 453.196, par. 9 «*the European Parliament should recommend Frontex to stop and no longer conduct any joint operation in the maritime territory of any third state. Not only are these practices inconsistent with rule of law principles of legal certainty and accountability, but they are also at odds with fundamental rights foreseen in EU Charter*».

⁹⁵¹ Sul punto si rinvia a UNHCR, *Guiding Principles on Internal Displacement*, 1998, par. 2. V. anche la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 20 novembre 1950 nel caso *Colombian-Peruvian Asylum Case*, in *ICJ Reports*, 1950, pag. 266-274.

⁹⁵² D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 205.

⁹⁵³ F. CHERUBINI, *La cooperazione fra l'Unione europea e i paesi del Nordafrica nella lotta all'immigrazione irregolare*, pag. 37.

equipaggi misti, con ufficiali del paese terzo al comando di natanti degli Stati membri dell'Unione, ciò non integrerebbe i requisiti necessari per il "prestito di organi" degli Stati UE.

Risulta quindi da escludere la tesi, sostenuta da Frontex⁹⁵⁴, dell'automatica imputabilità al paese terzo partecipante della responsabilità per violazioni dei diritti umani nell'ipotesi di svolgimento della stessa nelle acque territoriali di tale paese⁹⁵⁵.

In conclusione, nelle ipotesi considerate, la responsabilità internazionale deve ritenersi comunque ripartita tra tutti i partecipanti all'operazione. Inoltre non può escludersi *a priori* che sussistano delle responsabilità anche in capo a Frontex, qualora l'Agenzia manchi di assolvere il dovere di favorire il rispetto dei diritti umani in tutte le sue attività⁹⁵⁶. Infatti, se è vero che sono i singoli Stati ad essere responsabili per le condotte poste in essere durante le operazioni congiunte coordinate da Frontex, è pur vero che il regolamento istitutivo dell'Agenzia le attribuisce un ruolo decisivo nella predisposizione del piano d'azione, oltre alla facoltà di porvi termine in caso di rischio di grave violazione dei diritti umani⁹⁵⁷. Ne segue che Frontex potrebbe essere ritenuta responsabile per negligenza o mancata *due diligence* qualora esercitasse tale discrezionalità in maniera non conforme alle rilevanti norme di diritto internazionale ed europeo⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Nell'operazione *Hera II*, ad es., gli agenti senegalesi e mauritani operanti a bordo dei natanti messi a disposizione dagli Stati membri dell'UE partecipanti all'operazione erano stati indicati da Frontex come autorità responsabili in relazione ai potenziali illeciti accaduti durante l'operazione. V. *Hera 2008 and Nautilus 2008 Statistics*, in *Frontex News*, 17 February 2009.

⁹⁵⁵ D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 206.

⁹⁵⁶ Ciò è confermato da Frontex nel documento relativo alla propria strategia in materia di diritti fondamentali, dove si legge: «*Member States remain primarily responsible for the implementation of the relevant international, EU or national legislation and law enforcement actions undertaken in the context of Frontex coordinated Joint Operations (JOs) and therefore also for the respect of fundamental rights during these activities. This does not relieve Frontex of its responsibilities as the coordinator and it remains fully accountable for all actions and decisions under its mandate. Frontex must particularly focus on creating the conditions for ensuring compliance with fundamental rights obligations in all of its activities*». Frontex, *Fundamental Rights Strategy*, par. 13.

⁹⁵⁷ F. CHERUBINI, *La cooperazione fra l'Unione europea e i paesi del Nordafrica nella lotta all'immigrazione irregolare*, pag. 38.

⁹⁵⁸ Così, tra i molti, D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma, pag. 206; R. MCCORQUODALE, *International Organizations and International Human Rights Law: One Giant, Leap for Humankind*, in K. H. KAIKOBAD, M. BOHLANDER (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, 2009, Nijhoff, Leiden, pag.

11.2 L'EFFETTIVITÀ E IL MONITORAGGIO DEI DIRITTI UMANI NELL'AMBITO DI FRONTEX

La tutela dei diritti umani è basata sul principio di effettività. Solamente consentendo agli individui che lamentino una violazione dei diritti umani l'accesso a un sistema che dia loro possibilità di ristoro ha senso parlare di “responsabilità”. Le operazioni congiunte coordinate da Frontex pongono problemi di non facile soluzione sotto questo profilo⁹⁵⁹.

Possono isolarsi due temi di interesse: l'accesso a un rimedio giurisdizionale e il monitoraggio dell'attività di Frontex.

In merito al primo tema, è necessario in primo luogo notare la mancanza di un sistema di ricorsi interno all'Agenzia che consenta all'UE di gestire eventuali reclami. Tale situazione è la logica conseguenza della summenzionata posizione di Frontex con riguardo all'esclusiva responsabilità degli Stati partecipanti alle varie operazioni in mare.

Di dubbia efficacia è anche l'esistenza di una teorica competenza della Corte di giustizia dell'UE a sindacare gli atti dell'Agenzia⁹⁶⁰. Non può tuttavia ritenersi esclusa questa competenza in relazione a richieste di risarcimento per danni da responsabilità extracontrattuale, possibilità prevista dall'art. 19 del regolamento istitutivo di Frontex. Tuttavia, tale competenza non può dirsi efficace, rimanendo vincolata a un effettivo monitoraggio delle attività di Frontex, il quale è un aspetto problematico della gestione dell'Agenzia⁹⁶¹.

In questo senso, le possibilità per un individuo di ottenere risarcimento si riducono essenzialmente all'esperimento di vie di ricorso

141-160.

⁹⁵⁹ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 3-4 2014, pag. 59.

⁹⁶⁰ È stato notato come tale competenza sia solo teorica, risultano difficile che gli atti dell'Agenzia, anche a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, possano essere produttivi di effetti nei confronti di terzi, che è la condizione al verificarsi della quale gli atti di organi e organismi dell'UE possono essere sottoposti a un giudizio di sindacato da parte della Corte di giustizia dell'UE. F. CHERUBINI, *La cooperazione fra Unione europea e Paesi del Nordafrica nella lotta all'immigrazione irregolare*, in F. ANGHELONE., A. UNGARI (eds.), *Atlante Geopolitico del Mediterraneo*, 2014, Roma, pag. 35-36.

⁹⁶¹ F. CHERUBINI, *La cooperazione fra Unione europea e Paesi del Nordafrica nella lotta all'immigrazione irregolare*, in F. ANGHELONE., A. UNGARI (eds.), *Atlante Geopolitico del Mediterraneo*, 2014, Roma, pag. 36.

che prevedano la proposizione di istanze nei confronti degli Stati partecipanti alle operazioni di Frontex⁹⁶². Le giurisdizioni potenzialmente competenti sono sia quelle degli Stati nazionali che quella della Corte EDU.

La proposizione di ricorsi in sede nazionale presuppone che le Corti interne si dichiarino competenti *ratione personae* a giudicare la condotta degli organi statali inviati nell'ambito dell'operazione in questione. Il rischio è però che le Corti nazionali non si ritengano competenti a sindacare atti che, formalmente, dovrebbero attribuirsi all'UE oppure allo Stato a cui è affidato il comando dell'operazione. Nonostante tale impostazione non possa reggersi, essa non può del tutto escludersi, soprattutto quando diversi gli Stati che partecipano alle operazioni congiunte.

Allo stesso modo, anche la proposizione di un ricorso alla Corte EDU non appare scontata: a essere problematico, oltre al tema della competenza *ratione personae*, è quello dell'applicazione extraterritoriale della CEDU⁹⁶³.

Una tale situazione di incertezza giuridica poteva essere dissipata dall'adesione dell'UE alla CEDU, prevista nell'art. 6 (3) TUE e già definita, in sede negoziale, in una bozza di accordo tra le due istituzioni⁹⁶⁴. Tale prospettiva avrebbe ammesso la possibilità che l'UE potesse essere chiamata in causa come *co-respondant* in procedimenti contro gli Stati membri per atti che questi ultimi avessero posto in essere⁹⁶⁵, concretizzando dunque le ipotesi di responsabilità descritte nel paragrafo precedente⁹⁶⁶.

⁹⁶² A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 3-4 2014, pag. 60.

⁹⁶³ *Ibidem*.

⁹⁶⁴ V. *Fifth negotiation meeting between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, 47+1(2013)008rev2, 4 maggio 2013, reperibile sul sito internet del Consiglio d'Europa: <http://www.coe.int>.

⁹⁶⁵ S. VEZZANI, *The UE and Its Member States before the Strasbourg Court: A Critical Appraisal of the Co-Respondent Mechanism*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, G. REPETTO (ed.), 2012, Anversa, pag. 32 ss.

⁹⁶⁶ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 3-4 2014, pag. 60.

Il parere negativo della Corte di giustizia sull'adesione dell'UE alla CEDU⁹⁶⁷ ha, per ora, bloccato lo sviluppo delle ipotesi sopra menzionate. La presa di posizione della Corte chiude alla possibilità che giurisdizioni esterne all'UE siano competenti a sindacare gli atti dell'Unione e che l'UE stessa possa essere parte di un giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo. Tale pronuncia chiude inevitabilmente anche alla possibilità che la responsabilità di Frontex possa essere discussa dinanzi alla Corte EDU.

Rimangono dunque in piedi sono le soluzioni che comportano la proposizione di ricorsi contro gli Stati partecipanti alle operazioni coordinate da Frontex, limitatamente alla loro esclusiva responsabilità⁹⁶⁸.

Considerato lo scenario sopra menzionato, non certo ottimistico con riferimento alla possibilità di ricorrere in via giudiziale per le violazioni dei diritti umani, è necessario immaginare altre modalità per garantire un'effettiva tutela dei diritti durante le operazioni di Frontex alle frontiere esterne.

Mediante il rafforzamento del monitoraggio delle attività di Frontex è possibile assicurare una maggiore tutela dei diritti fondamentali. Non può che essere salutata con favore l'istituzione di un responsabile dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Agenzia. Inoltre, l'adozione del regolamento istitutivo di EUROSUR non ha solo rilevanza ai fini della lotta alla criminalità organizzata, ma anche, in relazione alla tutela dei diritti fondamentali⁹⁶⁹.

Le suddette innovazioni legislative devono però essere necessariamente accompagnate da un monitoraggio effettivo delle operazioni congiunte coordinate da Frontex. Non è un caso, quindi, che il Mediatore europeo abbia avviato, *proprio motu*, un'indagine sull'attività

⁹⁶⁷ L'adesione dell'UE alla CEDU, prevista nell'art. 6 TUE, era subordinata al parere positivo della Corte di giustizia dell'UE ex art. 218 TFUE. Il suddetto parere è stato reso il 18 dicembre 2014 su richiesta della Commissione e previa presa di posizione, anch'essa negativa, dell'avv. generale Julianne Kokott. V. Richiesta di parere presentata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 218 (11) TFUE (Parere 2/13) 82013/C 250/32), in CGUE C 260 del 7 settembre 2013, pag. 19.

⁹⁶⁸ A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XVI, 3-4 2014, pag. 61.

⁹⁶⁹ Regolamento (UE) n. 1052/2013, considerando n. 11 e 12.

dell'Agenzia in relazione alle operazioni di rimpatrio⁹⁷⁰, spesso non efficacemente monitorate⁹⁷¹.

Ad ogni modo, la quasi totale assenza di un sistema di rimedi giurisdizionali impone alla direzione di Frontex un'attenzione particolare verso l'istituzione di sistemi di monitoraggio efficaci che possano garantire che i diritti fondamentali dei migranti vengano effettivamente tutelati.

⁹⁷⁰ Secondo gli ultimi dati trasmessi dalla Commissione europea, dal 2006 al 2013 l'Agenzia ha coordinato 209 operazioni, rimpatriando circa 11.000 persone. V. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy*, COM (2014) 199 final, 28 marzo 2014.

⁹⁷¹ *Ibidem*, par. 4 (2), pag. 5-6.

CAPITOLO III

EUNAVFOR MED E IL CONTRIBUTO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA ALLA LOTTA AL TRAFFICO DI PERSONE

1. L'AGENDA EUROPEA SULLA MIGRAZIONE

«La situazione nel Mediterraneo è drammatica. L'Unione europea si adopererà con ogni mezzo a sua disposizione per evitare ulteriori perdite di vite umane in mare e per affrontare le cause profonde dell'emergenza umana a cui stiamo assistendo, in cooperazione con i paesi di origine e di transito. La nostra priorità immediata è evitare altre morti in mare». È questa l'introduzione della Dichiarazione adottata dal Consiglio europeo nella riunione straordinaria del 23 aprile 2015⁹⁷² con la quale viene espressa la ferma volontà europea di impedire il ripetersi degli eventi del 18 aprile 2015, quando le acque del Canale di Sicilia sono state teatro, secondo l'UNHCR, del più grande naufragio della storia recente, con l'affondamento di un peschereccio occupato da oltre 700 migranti⁹⁷³.

L'Unione si impegnava così, in primo luogo, a rafforzare la presenza in mare, con il potenziamento delle operazioni *Triton* e *Poseidon*⁹⁷⁴, entrambe coordinate da Frontex come visto *supra*; a smantellare le reti dei trafficanti, assicurando i responsabili alla giustizia e sequestrando i loro beni⁹⁷⁵; a prevenire i flussi migratori illegali, rafforzando la cooperazione

⁹⁷² Consiglio europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio*, adottata il 23 aprile 2015, *Dichiarazione*.

⁹⁷³ V. <http://www.unhcr.org/news/latest/2015/7/559fd26d6/italian-rescue-effort-gives-dignified-burial-refugee-shipwreck-victims.html>

⁹⁷⁴ Almeno triplicando le risorse finanziarie a tale scopo nel 2015 e 2016 e incrementando il numero dei mezzi, in modo da aumentare le possibilità di ricerca e salvataggio nell'ambito del mandato di Frontex. Sulle citate operazioni, V. i paragrafi 6.1.2 e 6.1.3 del secondo capitolo.

⁹⁷⁵ Si vuole, grazie alla rapida azione delle autorità degli Stati membri in cooperazione con EUROPOL, Frontex, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) ed EUROJUST, nonché grazie a una più intensa attività di intelligence e cooperazione di polizia con i paesi terzi; prendere misure sistematiche per individuare, fermare e distruggere le imbarcazioni prima che siano usate dai trafficanti; nel contempo, l'alto rappresentante è invitato ad avviare immediatamente i preparativi per una possibile operazione PSDC a tal fine; e ricorrere a EUROPOL per individuare i contenuti diffusi su Internet dai trafficanti allo scopo di attrarre migranti e rifugiati e per chiederne la soppressione, nel rispetto delle costituzioni nazionali. V.

con i paesi terzi di origine e/o di transito⁹⁷⁶; nonché a rafforzare la solidarietà e le responsabilità interne⁹⁷⁷.

Questi quattro obiettivi sono stati recepiti nella Comunicazione che la Commissione europea ha presentato, il 13 maggio 2015, al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni concernente l'Agenda europea sulla migrazione⁹⁷⁸. Tale atto definisce le linee guida, a breve, medio e lungo termine, dell'azione dell'Unione europea relativamente alla gestione dell'enorme flusso migratorio che la sta interessando. È il tentativo europeo di realizzare una vera politica in materia di immigrazione⁹⁷⁹. A tale fine, la prima parte dell'Agenda intende predisporre misure immediate per arginare la tragedia umana che, da un lustro a questa parte, sta interessando il bacino mediterraneo⁹⁸⁰ mentre l'azione UE si basa sulla prevenzione dell'immigrazione illegale, sulla gestione della frontiera esterna, sull'effettiva attuazione del Sistema europeo di asilo e su, come detto, una nuova politica comune in materia di immigrazione.

Con riguardo all'azione immediata, vengono contemplate undici misure a brevissimo termine, sia di carattere interno all'Unione che

Consiglio europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio*, adottata il 23 aprile 2015, *Dichiarazione*.

⁹⁷⁶ Incrementando il sostegno, tra gli altri, alla Tunisia, all'Egitto, al Sudan, al Mali e al Niger per il monitoraggio e il controllo delle frontiere e delle rotte terrestri, avvalendosi delle operazioni PSDC in corso nella regione, nonché dei quadri di cooperazione regionale (processi di Rabat e di Khartoum); intensificando il dialogo con l'Unione africana a tutti i livelli su queste problematiche; rafforzando la cooperazione politica con i partner africani a tutti i livelli per affrontare la causa della migrazione illegale e contrastare il traffico e la tratta di esseri umani; intensificando la cooperazione con la Turchia in considerazione della situazione in Siria e in Iraq; inviando ufficiali di collegamento europei per la migrazione nei paesi chiave al fine di acquisire informazioni sui flussi migratori; lavorando con i partner regionali alla creazione di capacità per la gestione delle frontiere marittime e per le operazioni di ricerca e salvataggio; lanciando programmi regionali di protezione e sviluppo per l'Africa settentrionale e il Corno d'Africa. V. Consiglio europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio*, adottata il 23 aprile 2015, *Dichiarazione*.

⁹⁷⁷ Mediante l'effettiva attuazione del Sistema europeo comune di asilo; l'incremento degli aiuti d'urgenza agli Stati membri in prima linea e la valutazione di opzioni per l'organizzazione di una ricollocazione di emergenza fra tutti gli Stati membri su base volontaria; l'invio di squadre EASO negli Stati membri in prima linea ai fini di un esame congiunto delle domande d'asilo, anche riguardo alla registrazione e al rilevamento delle impronte digitali; l'istituzione di un primo progetto pilota volontario in materia di reinsediamento in tutta l'UE. V. Consiglio europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio*, adottata il 23 aprile 2015, *Dichiarazione*.

⁹⁷⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni. Una Agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 13 maggio 2015 COM (2015) 240 final. [Agenda europea sulla migrazione].

⁹⁷⁹ Sulla politica comune europea in materia di immigrazione, V. paragrafo 3.2 del secondo capitolo.

⁹⁸⁰ Agenda europea sulla migrazione, par. II (Azione immediata).

riguardanti la dimensione esterna⁹⁸¹.

Occorre in primo luogo menzionare, tra queste, l'attivazione del meccanismo di emergenza previsto dall'art. 78 paragrafo 3 TFUE, al fine di aiutare gli Stati membri che si vedano sollecitati da una repentina affluenza migratoria attraverso la creazione di "hotspots" e l'attuazione di programmi di redistribuzione e di ricollocamento, il cui sviluppo ha destato non poche tensioni tra gli Stati membri a causa dello scarso interesse di alcuni di essi⁹⁸².

Tra le misure immediate per il rafforzamento della presenza in mare e per il contrasto del traffico di migranti vi sono:

(i) l' aumento del *budget* delle operazioni *Triton* e *Poseidon* per il 2015 e il 2016⁹⁸³;

(ii) l'assegnazione di 30 milioni di euro a programmi regionali di sviluppo per il Nordafrica e il Corno d'Africa;

(iii) la messa in comune delle informazioni Europol con il contributo di tutte le altre Agenzie dell'Unione al fine di smantellare le reti criminali⁹⁸⁴;

(iv) la preparazione di un'operazione nel Mediterraneo finalizzata ad identificare, catturare e distruggere sistematicamente le imbarcazioni utilizzate dai trafficanti, nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC)⁹⁸⁵;

⁹⁸¹ Sul tema, V. A. CANO LINARES, *Lucha contra el tráfico ilícito de migrantes versus estatuto del refugiado: evolución de la actuación de la Unión europea en la Cuenca del Mediterráneo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pag. 282-302.

⁹⁸² Lo studio dei programmi di redistribuzione e ricollocamento non è oggetto del presente studio. Tuttavia tale proposta della Commissione ha fatto affiorare visioni molto divergenti tra gli Stati membri sul tema. Tale situazione sta rendendo molto difficoltosa l'attuazione dei programmi.

⁹⁸³ Lo stesso giorno è stato approvato un bilancio rettificativo per il 2015, al fine di garantire un totale di 89 milioni di euro per gli Stati membri in prima linea.

⁹⁸⁴ A tale fine viene richiesto a Frontex e Europol di elaborare profili di imbarcazioni generalmente utilizzate dai trafficanti.

⁹⁸⁵ La politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) è la politica di sicurezza e di difesa dell'UE e parte integrante della politica estera dell'Unione europea, la politica estera e di sicurezza comune (PESC). Istituita alla firma del trattato di Lisbona nel 2009, la PSDC sostituisce e amplia la precedente politica europea in materia di sicurezza e di difesa (PESD). L'obiettivo della politica è la creazione di una capacità di difesa comune a livello europeo. La PSDC è regolata dal capitolo 2, sezione 2, del titolo V del TUE e nei Protocolli 1, 10, 11 e nelle Dichiarazioni 13 e 14. Il Consiglio europeo e il Consiglio dell'Unione adottano le decisioni relative alla PSDC in base all'art. 42 TUE. Le decisioni vengono adottate all'unanimità, tranne che in alcuni casi, come le decisioni relative all'Agenzia europea di difesa (AED, art. 45 TUE) o alla cooperazione strutturata permanente (art. 46 TUE), nelle quali si vota a maggioranza. Normalmente è l'alto

(v) l'assegnazione della migrazione a componente specifico delle missioni di politica di sicurezza e di difesa comune già in corso in paesi come il Niger e il Mali, rafforzandole sotto l'aspetto della gestione delle frontiere;

(vi) l'istituzione di un centro pilota multifunzionale in Niger con la collaborazione dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) e l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR);

(viii) il dispiegamento di agenti migratori europei nelle Delegazioni dell'Unione presso i principali paesi di transito⁹⁸⁶.

2. LA DECISIONE (PESC) 2015/778: EUNAVFOR MED (OPERAZIONE SOPHIA)

Poco dopo l'adozione dell'Agenda europea sulla migrazione, su proposta dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza⁹⁸⁷, il Consiglio dell'Unione⁹⁸⁸ ha concretizzato il secondo punto definito nell'agenda⁹⁸⁹ con la decisione (PESC)⁹⁹⁰ 2015/778

rappresentante ad elaborare le proposte di decisione.

⁹⁸⁶ Ad ogni modo, sebbene accelerata dagli sviluppi della situazione nel Mediterraneo, l'Agenda europea per la migrazione si iscrive all'interno del programma del nuovo Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker.

⁹⁸⁷ L'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (alto rappresentante) è incaricato di coordinare e attuare la politica estera e di sicurezza comune (PESC) dell'Unione europea (UE), oltre alla politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC). L'alto rappresentante è anche uno dei vicepresidenti della Commissione europea, e come tale garantisce la coerenza dell'azione esterna globale dell'UE.

⁹⁸⁸ Il 18 maggio 2015, il Consiglio Affari esteri, dando seguito al mandato del Consiglio europeo straordinario del 23 aprile 2015, ha adottato una decisione con la quale vengono fissati la missione, il mandato, il comandante e la sede dell'operazione militare contro i traffici di esseri umani nel Mediterraneo (EUNAVFOR MED).

⁹⁸⁹ Si fa riferimento a quello relativo alla preparazione di un'operazione nel Mediterraneo finalizzata a identificare, catturare e distruggere sistematicamente le imbarcazioni utilizzate dai trafficanti.

⁹⁹⁰ La politica estera e di sicurezza comune (acronimo PESC) è la politica estera dell'Unione Europea. Viene gestita e promossa dall'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dal Servizio europeo per l'azione esterna. La PESC è stata istituita nel 1993 dal trattato di Maastricht. È stata progressivamente rafforzata dai trattati successivi, in particolare il trattato di Lisbona. La PESC è guidata dai principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità con le disposizioni generali applicabili a tutta l'azione esterna dell'UE. A questo proposito, si propone di preservare la pace, rafforzare la sicurezza internazionale e promuovere la cooperazione internazionale, la democrazia, lo stato di diritto, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

del Consiglio dell'Unione europea del 18 maggio 2015⁹⁹¹, istitutiva di EUNAVFOR MED, anche conosciuta come Operazione Sophia.

La base giuridica di tale attività è costituita dall' art. 42, paragrafo 4 del TUE, in base al quale *«le decisioni relative alla politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), comprese quelle inerenti all'avvio di una missione, sono adottate dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta dell'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza o su iniziativa di uno Stato membro. L'Alto Rappresentante può proporre il ricorso sia ai mezzi nazionali sia agli strumenti dell'Unione, se del caso congiuntamente alla Commissione»*, nonché l'art. 43, paragrafo 2 del TUE, in base al quale il Consiglio adotta decisioni relative alle missioni finalizzate a garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi delle Nazioni Unite, *«stabilendone l'obiettivo, la portata e le modalità generali di realizzazione»*, mentre spetta all'Alto Rappresentante, *«sotto l'autorità del Consiglio e in stretto e costante contatto con il Comitato politico e di sicurezza (CPS)»*⁹⁹², coordinare gli aspetti civili e militari delle missioni stesse.

Si può peraltro considerare che, mediante la decisione (PESC) 2015/778, la questione migratoria, in un'ottica certamente emergenziale, viene trasferita dall' ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia alla politica di sicurezza e di difesa comune⁹⁹³.

EUNAVFOR MED è un'operazione militare che ha come obiettivo *«lo smantellamento del modello di business delle reti del traffico e della tratta di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale mediante misure sistematiche per individuare, fermare e mettere fuori uso imbarcazioni e mezzi usati o sospettati di esseri usati dai passatori o dai*

⁹⁹¹ Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015, relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED).

⁹⁹² Il Comitato politico e di sicurezza (CPS) segue la situazione internazionale nel settore della politica estera e di sicurezza comune (PESC) e della politica europea di sicurezza e di difesa comune (PSDC). Esso svolge un ruolo centrale nel definire e controllare la risposta dell'Unione europea a una crisi. Il Comitato politico e di sicurezza è una formazione permanente del Consiglio dell'Unione europea (UE), la cui creazione è prevista dall'articolo 38 del trattato sull'UE (ex articolo 25 del trattato UE).

⁹⁹³ A. CANO LINARES, *Lucha contra el tráfico ilícito de migrantes versus estatuto del refugiado: evolución de la actuación de la Unión europea en la Cuenca del Mediterráneo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pag. 282-302.

trafficienti, in conformità con il diritto internazionale applicabile⁹⁹⁴, incluse l'UNCLOS e le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite»⁹⁹⁵. EUNAVFOR MED «opera conformemente agli obiettivi politici, strategici e politico-militari degli Stati membri dell'Unione Europea»⁹⁹⁶.

Il riferimento al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite⁹⁹⁷ sembra indicare fin da subito la volontà di operare nelle acque territoriali libiche, così come accaduto, sebbene all'interno del mare territoriale mauritano e senegalese, per la già citata operazione Hera coordinata da Frontex⁹⁹⁸. Il riferimento si è considerato necessario vista la difficoltà di ottenere il consenso libico a tale fine, data la situazione di profonda instabilità del paese.

Il mandato della missione, sulla base della citata decisione 2015/778, è suddiviso in tre fasi.

⁹⁹⁴ Il relativo diritto internazionale applicabile è costituito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982, I Protocolli di Palermo contro il traffico di migranti e la tratta di persone addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) del 1974, la Convenzione internazionale sulla ricerca e soccorso in mare (SAR) del 1979, la Convenzione sulla protezione dell'ambiente marino e del litorale del Mediterraneo, adottata il 16 febbraio 1976, entrata in vigore il 12 febbraio 1978, (Convenzione di Barcellona), la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 e il principio di non respingimento, nonché la normative internazionale in materia di diritti umani.

⁹⁹⁵ Decisione PESC 2015/778, art. 1. Possono anche adottarsi misure nelle acque territoriali o interne, nel territorio o nello spazio aereo di uno Stato nei confronti di imbarcazioni sospettate di partecipare nel traffico illecito di migranti o nella tratta di esseri umani, con il consenso dello Stato in questione o in virtù di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, o con entrambi.

⁹⁹⁶ Decisione PESC 2015/778, art. 2(1).

⁹⁹⁷ Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, previsto nell' art. 7, par. 1, della Carta tra gli organi principali dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, è composto di 15 membri, di cui 5 permanenti (Cina, Francia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti) e 10 eletti ogni due anni dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Al Consiglio è attribuita la responsabilità principale del mantenimento della pace sulla base del sistema di sicurezza collettiva imperniato sui capitoli VI (soluzione delle controversie) e VII (azioni rispetto alle minacce e violazioni della pace, e agli atti di aggressione). In base al cap. VI, il Consiglio ha poteri di natura esclusivamente conciliativa, che si estrinsecano nel fare raccomandazioni alle parti di una controversia suscettibile di mettere in pericolo la pace o la sicurezza internazionali (Controversia internazionale). Il cap. VII conferisce invece al Consiglio poteri di natura coercitiva, che possono estrinsecarsi, sulla base dell'accertamento di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione (art. 39 della Carta), nell'adozione di misure preventive (art. 40) o di misure dirette contro gli Stati trasgressori, sia di natura economica (art. 41 della Carta) sia comportanti l'uso della forza militare (art. 42 della Carta).

⁹⁹⁸ Per approfondire l'operazione Hera, V. il paragrafo 6.1.1 del secondo capitolo

- a. Attività di monitoraggio e d'ispezione dei flussi migratori attraverso la raccolta di informazioni e il pattugliamento delle acque internazionali (fase 1)⁹⁹⁹;
- b. Attività di fermo, ispezione, sequestro e dirottamento in alto mare di imbarcazioni sospettate di essere usate per il traffico e la tratta di esseri umani, conformemente al diritto internazionale applicabile (fase 2 A)¹⁰⁰⁰;
- c. attività analoghe nelle acque territoriali e interne dello Stato costiero (Libia), conformemente alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite applicabili o al consenso dello Stato costiero interessato (fase 2 B)¹⁰⁰¹;
- d. Adozione, in conformità alle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o al consenso dello Stato costiero interessato, *«di tutte le misure necessarie nei confronti di un'imbarcazione e relativi mezzi, anche mettendoli fuori uso o rendendoli inutilizzabili, che sono sospettati di essere usati per il traffico e la tratta di esseri umani, nel territorio di tale Stato, alle condizioni previste da dette risoluzioni o detto consenso»* (fase 3)¹⁰⁰².

Il passaggio da una fase all'altra viene deciso dal Consiglio dell'Unione europea, che valuta se siano state soddisfatte le condizioni per la transizione alla fase successiva¹⁰⁰³. Conformemente a questa disposizione, con la decisione (PESC) 2015/1772¹⁰⁰⁴ è stata decisa la transizione alla fase 2 A, avvenuta il 7 ottobre 2015. Al fine di svolgere al meglio tale parte operativa della missione, gli Stati partecipanti si sono impegnati a rafforzare il quantitativo di mezzi militari a disposizione dell'operazione¹⁰⁰⁵.

⁹⁹⁹ Decisione (PESC) 2015/778, art. 2 (2) (a).

¹⁰⁰⁰ Decisione (PESC) 2015/778, art. 2 (2) (b).

¹⁰⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰⁰² Decisione (PESC) 2015/778, art. 2 (2) (c). Tali circostanze, in cui sarebbe di fatto previsto l'uso della forza, appaiono ancora lontane dal concretizzarsi nonostante la formazione di un governo di unità nazionale in Libia appoggiato dalle Nazioni Unite e guidato da Faiez Serraj. Sebbene questi si sia di fatto insediato nella capitale Tripoli, il Congresso generale nazionale (non riconosciuto internazionalmente) stanziato nella capitale dal settembre 2014 ha ribadito l'intenzione di non sciogliersi.

¹⁰⁰³ Decisione (PESC) 2015/778, art. 2 (3).

¹⁰⁰⁴ Decisione (PESC) 2015/1772 del Comitato politico e di sicurezza, del 28 settembre 2015, relativa alla transizione di EUNAVFOR MED alla seconda fase dell'operazione, di cui all'articolo 2 (2) (b) (i), della decisione (PESC) 2015/778 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED) (EUNAVFOR MED/2/2015).

¹⁰⁰⁵ Fino a tale momento l'operazione contava su 6 unità navali (la nave ammiraglia italiana "Cavour", 2

La transizione ha comportato il passaggio dalla ricerca di informazioni di intelligence all'adozione di misure di interdizione in acque internazionali di imbarcazioni usate o sospettate di essere usate per il traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani. La fase 2A in acque internazionali trova il suo fondamento legale nel Protocollo contro il traffico di migranti¹⁰⁰⁶ e nella Convenzione UNCLOS¹⁰⁰⁷. Conseguentemente, i trafficanti non possono più operare in acque internazionali, nelle quali le forze di EUNAVFOR MED potranno procedere a fermi, ispezioni, sequestri e dirottamenti. Al 31 dicembre 2015, sono stati 46 i sospetti trafficanti arrestati e 67 le imbarcazioni sequestrate¹⁰⁰⁸. Il comando operativo della missione ha sede a Roma¹⁰⁰⁹.

Il passaggio alle fasi successive dell'operazione comporterebbe l'adozione di misure di interdizione navale nelle acque territoriali o nel territorio libico. Data la difficoltà di ottenere il consenso del governo interessato, l'Alto Rappresentante ha riferito al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite per l'adozione delle misure necessarie.

3. IL CONTRIBUTO DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA DELLE NAZIONI UNITE: LA RISOLUZIONE 2240/2015

Dando seguito al mandato del Consiglio europeo, nonché attuazione al disposto di cui all'art. 34 del TUE e in particolare del paragrafo 2, in base al quale, qualora l'Unione abbia definito *«una posizione su un tema all'ordine del giorno del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, gli Stati membri che vi partecipano chiedono che l'Alto Rappresentante sia invitato a presentare la posizione dell'Unione»*.

L'Alto Rappresentante stesso, in data 11 maggio 2015, ha informato il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite sulla crisi dei migranti nel Mediterraneo e sui preparativi in corso per una possibile operazione navale

navi tedesche, 1 inglese, 1 francese e 1 spagnola) e 7 mezzi di trasporto aereo tra aerei ed elicotteri.

¹⁰⁰⁶ Protocollo sul traffico di migranti, artt. 7, 8, 9.

¹⁰⁰⁷ Convenzione UNCLOS, art. 110 (1) (d).

¹⁰⁰⁸ EUNAVFOR MED – Operation SOPHIA, *Six Monthly Report: June 22, 2015 to December 31, 2015*, Wikileaks release: 17 febbraio 2016.

¹⁰⁰⁹ Decisione (PESC) 2015/778, art. 4.

in ambito PSDC, evidenziando la necessità che l'Unione operi con l'esplicito sostegno del Consiglio di sicurezza, espresso tramite una risoluzione mirata.

Nella riunione del 9 ottobre 2015 il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato, ai sensi del Capitolo VII della Carta, la risoluzione n. 2240/2015¹⁰¹⁰, mirata a contrastare e reprimere le attività di traffico di migranti e di tratta di esseri umani nelle acque internazionali a largo delle coste libiche. Tale risoluzione senza dubbio rinforza il quadro giuridico applicabile alle operazioni di EUNAVFOR MED in alto mare.

Affermando con forza *«la necessità di porre fine alla recente proliferazione del traffico di migranti e della tratta di esseri umani nel Mar Mediterraneo a largo delle coste libiche nonché al pericolo per le molte vite umane che tali attività comportano»*, il Consiglio di Sicurezza, *«ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite»*¹⁰¹¹, fa appello agli Stati membri affinché:

- Agendo individualmente o mediante organizzazioni regionali delle quali siano parti, gli Stati provvedano alla visita, nelle acque internazionali a largo delle coste libiche e nel rispetto delle norme di diritto internazionale applicabili, di *«ogni imbarcazione priva di bandiera su cui vi siano ragionevoli sospetti che questa sia stata, sia o venga prossimamente utilizzata da gruppi criminali organizzati per il traffico di migranti o per la tratta di persone a partire dalla Libia, incluse imbarcazioni gonfiabili, zattere e gommoni»*¹⁰¹², nonché alla *«visita, con il consenso dello Stato della bandiera, nelle acque internazionali a largo delle coste libiche, di ogni imbarcazione su cui vi siano ragionevoli sospetti che questa sia stata, sia o venga prossimamente utilizzata da gruppi criminali organizzati per il traffico di migranti o per la tratta di persone a partire dalla Libia»*¹⁰¹³.

Inoltre, il Consiglio di Sicurezza *«decide»*:

¹⁰¹⁰ S/RES/2240 (2015), 9 ottobre 2015. Adottata con 14 voti favorevoli e la sola astensione del Venezuela.

¹⁰¹¹ S/RES/2240 (2015), 9 ottobre 2015. Preambolo. (Come già ricordato, il Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite permette al Consiglio di sicurezza l'adozione di misure comprendenti l'uso della forza).

¹⁰¹² *Ibidem*, par. 5.

¹⁰¹³ *Ibidem*, par. 6.

- *«Al fine di salvare le vite dei migranti o delle vittime della tratta di esseri umani, [...], di autorizzare gli Stati membri, per un periodo di un anno a decorrere dalla data di approvazione della risoluzione, [...], a visitare e ispezionare, nelle acque internazionali a largo delle coste libiche, le imbarcazioni su cui vi siano ragionevoli sospetti che vengano utilizzate per il traffico di migranti o per la tratta di esseri umani a partire dalle coste libiche, a patto che gli Stati membri o le organizzazioni regionali agenti cerchino, in buona fede, di ottenere il consenso dello Stato di bandiera prima di esercitare i poteri definiti nel presente paragrafo»¹⁰¹⁴ e a «sequestrare le imbarcazioni nei confronti delle quali sia stato esercitato il potere di visita ai sensi del par. 7 e rispetto alle quali venga confermato il sospetto utilizzo per il traffico di migranti o per la tratta di esseri umani a partire dalla Libia, sottolineando che le misure successive rispetto alle imbarcazioni nei confronti delle quali venga esercitato il potere di visita ai sensi del par. 7, incluso lo smantellamento, debbano essere adottate nel rispetto del diritto internazionale applicabile e considerando gli interessi di ogni parte terza che abbia agito in buona fede»¹⁰¹⁵.*

Dunque le misure riguardanti la visita, l'ispezione e il sequestro dell'imbarcazione possono essere adottate anche senza il consenso dello Stato di bandiera, in deroga alle norme UNCLOS, per quanto vi sia la condizione preliminare che gli Stati o le organizzazioni regionali agenti tentino in buona fede di ottenere il consenso dello Stato di bandiera dell'imbarcazione in oggetto prima di ricorrere a tale potere.

- Gli Stati di bandiera interessati dalle attività in oggetto vengono invitati a cooperare, rispondendo tempestivamente alle richieste ricevute, mentre gli Stati membri che esercitano i poteri conferitigli dai par. 7 e 8 hanno l'obbligo, dal canto loro, di tenere informati tali Stati sulle misure prese nei confronti delle loro imbarcazioni¹⁰¹⁶.

La previsione di questi poteri di visita e sequestro "accresciuti" merita di essere analizzata sotto due diversi profili. In primo luogo, per quanto essi rappresentino un'eccezione, seppur per un periodo di tempo

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, par. 7.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*, par. 8.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*, par. 9.

definito ed entro certi limiti, alle norme della convenzione di Montego Bay relative alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera sulle navi in acque internazionali¹⁰¹⁷, il risvolto pratico di tale previsione appare certamente per certi versi trascurabile: è molto più verosimile, infatti, che le imbarcazioni utilizzate per il traffico di migranti e la tratta di esseri umani siano piuttosto gli “*unflagged vessels*” di cui al paragrafo 5, che non navi battenti una qualche bandiera¹⁰¹⁸.

In secondo luogo, può essere interessante confrontare le disposizioni relative ai poteri di visita e sequestro contenute nei paragrafi 6, 7 e 8 con quelle relative ai diritti di visita e sequestro delle navi pirata in acque internazionali, indicate rispettivamente dagli articoli 105 e 110 paragrafo 1.(a) della Convenzione UNCLOS: infatti, i poteri di sequestro conferiti dalla risoluzione 2240, se da un lato non arrivano ad equiparare le imbarcazioni utilizzate per il traffico di migranti ad imbarcazioni pirata, dall’altro prevedono certamente per la visita ed il sequestro una disciplina simile a quella contenuta nelle norme per il contrasto alla pirateria della convenzione di Montego Bay.

L’art. 105 della Convenzione sul diritto del mare stabilisce infatti che «*in alto mare o in qualunque altro luogo fuori dalla giurisdizione di qualunque Stato, ogni Stato può sequestrare una nave o aeromobile pirata o una nave o aeromobile catturati con atti di pirateria tenuto sotto il controllo dei pirati*»; e l’art. 110, che «*[..] una nave da guerra che incrocia una nave straniera nell’alto mare non avente diritto alla completa immunità secondo il disposto degli artt. 95 e 96 non può legittimamente visitarla, a meno che non vi siano fondati motivi per sospettare che: a) la nave sia impegnata in atti di pirateria*». Insomma, la risoluzione non arriva ad equiparare i trafficanti di migranti ed i trafficanti di esseri umani ai pirati “nemici del genere umano”, non prevedendo, ad esempio, un diritto di visita per così dire “assoluto” (bensì soggetto al tentativo in buona fede di ottenere il consenso dello Stato di bandiera), ma certamente può essere vista come un passo in questa direzione, prevedendo misure sostanziali per

¹⁰¹⁷ Convenzione UNCLOS, artt. 95, 96.

¹⁰¹⁸ A. ASPIDI, *La risoluzione 2240 del Consiglio di sicurezza e l’impatto su Eunavfor Med*, in *Blog CROIE Luiss*, 12 novembre 2015, Roma.

il contrasto a questo genere di crimini in alto mare¹⁰¹⁹.

È importante infatti ricordare, nel contesto della lotta alla criminalità organizzata transnazionale, l'attivazione da parte dell'Unione Europea della missione EUNAVFOR Somalia – operazione Atalanta¹⁰²⁰, volta alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria marittima lungo le coste dello Stato del Corno d'Africa. La missione è iniziata nel dicembre 2008 a sostegno della risoluzione del Consiglio di Sicurezza 1816/2008¹⁰²¹, peraltro recentemente rinnovata dalla risoluzione 2184/2014¹⁰²².

La lotta contro la pirateria sembra avere molto in comune con quella al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani, in quanto entrambi i fenomeni criminosi tendono ad essere contrastati attraverso l'utilizzo dello strumento militare.

Tuttavia, il mandato di EUNAVFOR MED, a differenza di quello di EUNAVFOR Somalia, non include l'arresto e la detenzione dei sospetti trafficanti. Ciò è dovuto alle difficoltà sulla determinazione della giurisdizione su tali crimini da parte degli Stati, a differenza della pirateria, considerata invece un crimine internazionale e come tale punibile da tutti gli Stati in virtù del principio della giurisdizione universale¹⁰²³.

Continuando l'esame del testo della risoluzione, il paragrafo 10 autorizza gli Stati membri ad adottare «*tutte le misure necessarie commisurate alle specifiche circostanze*», per contrastare i trafficanti nello svolgimento delle attività di visita e cattura indicate nei paragrafi 7 e 8, nel rispetto del diritto internazionale dei diritti umani ove applicabile e garantendo prioritariamente la sicurezza delle persone a bordo, nonché evitando di causare danno all'ambiente marino e alla sicurezza della navigazione¹⁰²⁴. Sebbene il paragrafo 10 possa essere considerato come

¹⁰¹⁹ A. ASPIDI, *La risoluzione 2240 del Consiglio di sicurezza e l'impatto su Eunavfor Med*, in *Blog CROIE Luiss*, 12 novembre 2015, Roma.

¹⁰²⁰ La EUNAVFOR Somalia - operazione Atalanta è una missione diplomatico-militare dell'Unione europea per prevenire e reprimere gli atti di pirateria marittima lungo le coste dello Stato del Corno d'Africa a sostegno alle risoluzioni ONU 1814, 1816, 1838 e 1846 adottate nel 2008 dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

¹⁰²¹ S/RES/1816 (2008), 2 giugno 2008.

¹⁰²² S/RES/2184 (2014), 12 novembre 2014.

¹⁰²³ M. BO, *Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling*, in *European Journal of International Law*, 2015.

¹⁰²⁴ Viene peraltro specificato che il paragrafo non si applica nei confronti delle navi beneficiarie di immunità ai sensi del diritto internazionale, ossia le navi da guerra e le navi in servizio governativo non

un'autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di Sicurezza, il confronto con la risoluzione 1816/2008 per la lotta alla pirateria nelle acque somale mette in luce il carattere più limitato, in quanto alle azioni consentite, della risoluzione 2240/2015.

Difatti mentre la risoluzione 1816/2008 al paragrafo 7 autorizza gli Stati ad «entrare nelle acque territoriali somale al fine di reprimere atti di pirateria e rapine a mano armata in mare» e di «usare, nelle acque territoriali somale, tutti i mezzi necessari al fine di reprimere atti di pirateria e rapine a mano armata in mare, in maniera conforme con le azioni della stessa indole permesse in alto mare dal diritto internazionale»¹⁰²⁵; nella risoluzione 2240/2015 l'utilizzo della formula «tutti i mezzi necessari» viene evitata (sebbene fosse prevista nelle bozze precedenti) e si fa riferimento “solo” a «tutte le misure necessarie commisurate alle specifiche circostanze» con la limitazione geografica (par. 11) alle acque internazionali a largo della Libia (e non anche nelle acque territoriali libiche) e nei riguardi delle sole imbarcazioni che praticino i traffici in oggetto a partire dalle coste libiche¹⁰²⁶.

Può dunque considerarsi come si tratti di un'autorizzazione all'uso della forza limitata *ratione materiae* e *ratione loci*, facendo pensare più ad un'azione di polizia internazionale che non ad una vera e propria autorizzazione all'uso della forza armata¹⁰²⁷.

Con riferimento all'autorizzazione ad operare nelle acque territoriali somale contenuta nella risoluzione 1816/2008 è necessario ricordare come tale risoluzione fosse stata espressamente richiesta dal Governo Federale di Transizione (GFT) della Somalia. La sovranità dello Stato di bandiera delle imbarcazioni non viene considerata dalla risoluzione, in quanto le imbarcazioni pirata sono generalmente senza nazionalità e, anche se non fosse questo il caso, l'UNCLOS, come ricordato, disciplina espressamente che la pirateria costituisca un'eccezione alla giurisdizione esclusiva dello

commerciale in alto mare, ai sensi degli art. 95 e 96 della Convenzione UNCLOS. S/RES/2240 (2015), par.

10.

¹⁰²⁵ S/RES/1816 (2008), par. 7.

¹⁰²⁶ M. BO, *Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling*, in *European Journal of International Law*, 2015.

¹⁰²⁷ A. ASPIDI, *La risoluzione 2240 del Consiglio di sicurezza e l'impatto su Eunavfor Med*, in *Blog CROIE Luiss*, 12 novembre 2015, Roma.

Stato di bandiera. Al contrario, la Libia non ha acconsentito a operazioni di contrasto al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani nelle proprie acque territoriali¹⁰²⁸.

Il paragrafo 11, come già indicato, limita ulteriormente l'autorizzazione all'esercizio dei poteri ex paragrafi 7-8, i quali si potranno esercitare soltanto in situazioni di traffico di migranti o di tratta di esseri umani in alto mare a largo delle coste libiche e comunque «*senza pregiudizio per i diritti, obbligazioni e responsabilità degli Stati Membri derivanti dal diritto internazionale, inclusi i diritti e le obbligazioni derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*»¹⁰²⁹. Infine, vale menzionare i paragrafi 15 e 16, che invitano gli Stati competenti sulla base del proprio diritto interno e del diritto internazionale ad indagare e perseguire le persone responsabili per atti di traffico di migranti e tratta di esseri umani in mare, conformemente con gli obblighi per essi derivanti dal diritto internazionale, incluse, ove applicabili, le norme internazionali a tutela dei diritti umani e dei rifugiati.

Il Consiglio di sicurezza, al paragrafo 16 invita poi gli Stati membri a ratificare e divenire parte, o laddove già lo siano, di dare attuazione al Protocollo contro il traffico di migranti via terra, mare ed aria, alla Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale¹⁰³⁰; nonché al Protocollo per la prevenzione, la repressione e la punizione dei traffici di persone, in particolare donne e bambini¹⁰³¹.

In definitiva, la risoluzione 2240 ha nell'UE e in EUNAVFOR MED i principali destinatari, ampliando, rispetto a quanto indicato dal mandato, la gamma di azioni esperibili dalla missione attraverso la previsione di eccezioni alle norme UNCLOS in materia di diritto di visita e consenso dello Stato di bandiera nonché sulla possibilità di ricorrere all'uso della forza. Ad ogni modo, la risoluzione lascia immutato il perimetro operativo

¹⁰²⁸ M. BO, *Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling*, in *European Journal of International Law*, 2015.

¹⁰²⁹ S/RES/2240 (2015), par. 11. Il riferimento alla convenzione di Montego Bay del 1982 è relativo al principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera sulle proprie navi in acque internazionali in tutte le altre situazioni non contemplate dal testo della risoluzione (Convenzione UNCLOS, artt. 95, 96).

¹⁰³⁰ Per un'analisi di tali strumenti internazionali, si rinvia al primo capitolo della presente trattazione.

¹⁰³¹ A. ASPIDI, *La risoluzione 2240 del Consiglio di sicurezza e l'impatto su Eunavfor Med*, in *Blog CROIE Luiss*, 12 novembre 2015, Roma.

di EUNAVFOR MED, che ad oggi è limitato alle acque internazionali, in attesa che il consenso ad includere le acque territoriali libiche nel teatro di azione sia concesso da quel governo libico di unità nazionale il cui effettivo insediamento nella capitale è tutt'altro che sicuro.

Si può però notare che la risoluzione 2240/2015 amplia il raggio delle azioni e delle misure utilizzabili dalle navi degli Stati membri impegnate nella lotta ai trafficanti, includendovi il possibile ricorso alla forza armata nonché la possibilità in via eccezionale e per il periodo di un anno, di visitare e catturare imbarcazioni sospette anche in assenza del consenso dello Stato di bandiera. Tuttavia la risoluzione lascia immutato il teatro operativo, non contemplando l'ipotesi di allargamento alle acque territoriali libiche e non consentendo di conseguenza il passaggio alla fase 2 B della missione, per la quale rimane necessario il consenso del governo libico di unità nazionale o una nuova risoluzione del Consiglio di sicurezza.

4. SVILUPPI E SFIDE FUTURE: IL PASSAGGIO ALLE FASI SUCCESSIVE DELL'OPERAZIONE

Al fine di risultare più efficace, l'azione di contrasto al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani deve essere spostata all'interno delle acque territoriali libiche. Tuttavia il passaggio alla fase 2B di EUNAVFOR MED fa sorgere notevoli problemi, soprattutto con riguardo al mandato legale e all'esecuzione delle sanzioni previste per tali tipi di delitti.

Il passaggio alla fase 2B e 3 dell'operazione, che comporta l'adozione di misure nelle acque territoriali o sulla terraferma della Libia, è soggetto all'autorizzazione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o al consenso dello Stato costiero¹⁰³². Difatti, l'utilizzo di poteri coercitivi o la minaccia d'uso degli stessi è subordinato al rispetto dei principi generali di diritto internazionale, quali la sovranità territoriale, l'eguaglianza e la non interferenza. Gli Stati dell'Unione europea non possono esercitare giurisdizione esecutiva senza i) il consenso del Governo libico e/o ii)

¹⁰³² Decisione (PESC) 2015/778, art. 2 (2) (b), (c).

l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.

Considerando la necessità di una solida base legale internazionale per un eventuale allargamento del teatro dell'operazione alle acque territoriali libiche, pare indispensabile in primo luogo il consenso del governo libico di unità nazionale, in quanto unico governo libico internazionalmente riconosciuto ai sensi della risoluzione del Consiglio di Sicurezza 2259/2015¹⁰³³, nonché una nuova risoluzione del Consiglio di Sicurezza finalizzata al rafforzamento del mandato legale dell'operazione. La risoluzione 2259/2015, sebbene non modifichi le prerogative concesse alla missione, richiede alla comunità internazionale di assistere e supportare la creazione e l'installazione di un governo di unità nazionale in Libia.

Un'effettiva attuazione del *Lybian Political Agreement*¹⁰³⁴, infatti, rappresenterebbe un grande contributo alla lotta ai traffici. Difatti, ai sensi del principio di governo n. 28, il nuovo governo si impegna alla lotta al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani attraverso sforzi congiunti con gli Stati interessati, in completa cooperazione con la comunità internazionale e con gli Stati confinanti.

La richiesta da parte delle autorità libiche affinché EUNAVFOR MED collabori nel contrasto di tali fenomeni criminali incrementerebbe esponenzialmente le possibilità che il Consiglio di Sicurezza dedichi una nuova risoluzione al tema specifico. Uno scenario del genere creerebbe una solida base legale per l'operazione¹⁰³⁵.

Allo stesso modo la conduzione della missione nelle acque territoriali libiche conformemente alle richieste del nuovo governo escludendo l'applicabilità di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza renderebbe debole la cornice legale di supporto alla missione.

¹⁰³³ S/RES/2259 (2015), 23 dicembre 2015.

¹⁰³⁴ Si fa riferimento all'Accordo per la creazione di un Governo di unità nazionale in Libia guidato a Faez Serraj. Reperibile su <https://unsmil.unmissions.org>.

¹⁰³⁵ Difatti, sebbene la transizione alla fase 2B dell'operazione con la sola risoluzione del Consiglio di Sicurezza e senza l'invito delle autorità libiche sarebbe teoricamente possibile, sembrano tuttavia scarse le probabilità che tale risoluzione venga approvata, a causa dell'opposizione di Russia e Cina, i cui mandatarî alle Nazioni Unite hanno ripetutamente negato il loro appoggio alla risoluzione in difetto del consenso del governo libico.

Per quanto invece riguarda la giurisdizione, nel caso di operazioni nelle acque territoriali libiche, non si potrebbe continuare a promuovere in Italia procedimenti penali nei confronti dei sospetti trafficanti. Difatti gli strumenti di EUNAVFOR MED sarebbero costretti a rilasciare i sospetti trafficanti arrestati nelle acque territoriali libiche, in virtù del principio di sovranità statale.

Risulta quindi essere necessaria una differente cornice legale. In primo luogo sarebbe possibile un accordo con le autorità libiche affinché queste rinuncino al loro diritto di processare in patria i sospetti trafficanti acconsentendo a che tali soggetti vengano sottoposti a procedimento penale in uno Stato membro Ue. Tale opzione necessiterebbe di un forte compromesso politico, in quanto le autorità libiche dovrebbero rinunciare all'esercizio della giurisdizione penale nei confronti di sospetti fermati dai mezzi di EUNAVFOR MED nelle proprie acque territoriali e almeno uno Stato membro dell'Unione dovrebbe acconsentire a processare i sospetti in patria.

L'altra possibilità consisterebbe in un accordo di estradizione per permettere ai sospettati di rientrare in Libia per essere poi processati. In questo secondo caso, le autorità libiche dovranno assicurare che i sospetti vengano trattati conformemente agli standard di diritti umani riconosciuti dall'Unione europea e dai suoi Stati membri. Difatti, prima che il trasferimento dei sospettati abbia luogo, risulta indispensabile l'accertamento delle garanzie offerte dal sistema giudiziario libico nell'assicurare un trattamento giusto e umano nei confronti dei detenuti.

A prescindere dalla soluzione adottata, sarà fondamentale il contributo delle autorità libiche, le quali dovranno indicare le misure più conformi alle loro specifiche esigenze, in collaborazione con la comunità internazionale.

La risoluzione 2240 è meno efficace se comparata con la 1816 relativa alla pirateria, che considerò il governo federale di transizione somalo incapace di esprimere un valido consenso e autorizzò gli Stati ad operare nelle acque territoriali somale utilizzando ogni mezzo necessario per reprimere la pirateria.

La risoluzione 2240 è invero il risultato di un compromesso:

permette all'Unione europea di rompere l'inerzia e di adottare misure coercitive nelle acque internazionali rafforzando la base giuridica di EUNAVFOR MED. Al contempo, non autorizzando l'estensione del raggio d'azione dell'operazione alle acque territoriali e al territorio libico, rischia di compromettere l'efficacia dell'operazione stessa. A tale fine viene lasciata la porta aperta a future risoluzioni del Consiglio di sicurezza, presupponendo l'incapacità, se non la mancanza di volontà qualora capace, di un governo libico ad esprimere un valido consenso all'estensione delle attività dell'operazione¹⁰³⁶.

5. IL FLUSSO MIGRATORIO VIA MARE QUALE MINACCIA ALLA PACE E ALLA SICUREZZA INTERNAZIONALE?

I flussi di migranti, siano essi via mare, via terra o via aria, possono generare nel paese o territorio di destinazione tensioni sia nella comunità locale, sia a livello statale. Queste tensioni possono essere percepite talvolta come vere e proprie minacce all'ordine pubblico e alla sicurezza del paese di destinazione. Lo stesso UNHCR, nel programma stilato per la gestione dei flussi misti, ha considerato la minaccia percepita dagli Stati di fronte ad un flusso di migranti irregolari¹⁰³⁷.

Difatti, l'immigrazione irregolare va a toccare uno dei punti più sensibili del sistema statale, ossia il controllo del proprio territorio. Le tensioni provocate dal fenomeno migratorio appaiono con maggiore intensità quando provocate dai cosiddetti "flussi massicci di migranti". Si pone dunque il problema della definizione del carattere "massiccio" del flusso in questione, caratteristica che non è stata al momento definita in termini univoci né dalla prassi né dalla dottrina in quanto dipendente dalla percezione dello Stato di destinazione¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ G. ZICCARDI CAPALDO, *The EUNAVFOR Med Operation and the Use of Force*, in *ASiI Insights*, Volume, 19 Issue: 27, 2015.

¹⁰³⁷ UNHCR, *Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action*, 1 gennaio 2007, reperibile su: <http://www.unhcr.org/>.

¹⁰³⁸ Ciò in base alle capacità dello Stato di accoglienza e assistenza e alle posizioni politiche in materia

Risulta importante citare la posizione di Malta, che evidenzia, con i dovuti limiti della provocazione politica, che a causa della forte densità demografica dell'isola, viene stimato che l'arrivo di un migrante a Malta sia equivalente a 114 arrivi in Italia e a 149 nel Regno Unito¹⁰³⁹.

Gli strumenti giuridici in materia di diritto d'asilo e rifugiati non fanno alcun riferimento alle ipotesi di flusso massiccio. Solo l'art. 3 (2) della Dichiarazione sull'asilo territoriale dispone che i principi di protezione elencati nel testo stesso possono essere derogati «*for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons*»¹⁰⁴⁰. Come visto, anche il regolamento istitutivo di Frontex prevede la possibilità di attivare meccanismi emergenziali, come il RABIT, nel caso di «*afflusso massiccio alle frontiere esterne di cittadini di paesi terzi che tentano di entrare illegalmente nel territorio dello Stato membro*»¹⁰⁴¹.

Non vengono tuttavia specificate le caratteristiche che permettono di qualificare un flusso come “massiccio”. Esistono infatti solo due strumenti in cui vi sia il tentativo di definire un “flusso massiccio di migranti”. Il primo, di carattere regionale, è la direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, il cui art. 2 dispone: «*[Ai fini della presente direttiva, si intende per “afflusso massiccio”:] l'arrivo nella Comunità di un numero considerevole di sfollati, provenienti da un paese determinato o da una zona geografica determinata, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione*»¹⁰⁴².

Il secondo strumento consiste nelle conclusioni dell'ExCom¹⁰⁴³ relative al *Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass*

migratoria adottate dal governo in carica.

¹⁰³⁹ Si fa riferimento all'intervento del Parliamentary Secretary General of the Office of the Prime Minister of Malta, Dott. A. ABELA, sul tema *The Security Situation in the Mediterranean*, svoltosi il 22 ottobre 2004 e riportato in G. ALLOTTA (ed.), *Conferenza di studio, Problematiche Mediterranee Malta e Agrigento: Porte dell'Europa*, Agrigento, 2004, pag. 22 e ss.

¹⁰⁴⁰ UNGA ris. 2312 (XXII), 14 dicembre 1967.

¹⁰⁴¹ UNGA ris. 2312 (XXII), 14 dicembre 1967, (Dichiarazione sull'asilo territoriale), art. 3 (2).

¹⁰⁴² Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2011, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, art. 2.

¹⁰⁴³ UNHCR's Executive Committee.

Influx Situations del 2004¹⁰⁴⁴, che mettono l'accento su quattro caratteristiche: (i) l'attraversamento di un confine internazionale da parte di un numero considerevole di persone; (ii) una certa velocità degli arrivi; (iii) un'incapacità dello Stato di destinazione nell'assorbire o nel gestire il flusso, in particolare nei casi di emergenza; (iv) un'inadeguatezza delle procedure per la richiesta dell'asilo, dove queste esistono, nel far fronte ad un aumento così importante di possibili richiedenti.

Questi due tentativi definitivi rivelano come l'individuazione del carattere massiccio di un flusso dipenda dalla considerazione soggettiva dello Stato interessato relativamente a fattori oggettivi riguardanti il numero degli individui in arrivo, il lasso di tempo e lo stato delle strutture di accoglienza¹⁰⁴⁵.

Può in effetti costituire un esodo massiccio anche la partenza di un numero limitato di persone che però rappresentano una porzione importante di una minoranza particolare, sia essa religiosa o etnica¹⁰⁴⁶.

5.1 LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL RICONOSCIMENTO DI UNA MINACCIA ALLA PACE E ALLA SICUREZZA INTERNAZIONALE

L'immigrazione irregolare via mare ha per definizione natura internazionale, in quanto implica l'attraversamento di una frontiera internazionale oltre, nella maggior parte dei casi, il transito in acque internazionali. Il fatto che il flusso massiccio di migranti sia percepito come una minaccia dallo Stato di destinazione in base ai criteri sopra elencati non implica certamente che lo stesso fenomeno debba considerarsi una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale ai sensi dell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite, disposizione che stabilisce i presupposti per l'azione del Consiglio di sicurezza sulla base del Capitolo VII dello

¹⁰⁴⁴ ExCom, *Conclusions on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations*, n. 100 (LV) del 2004, par. (a).

¹⁰⁴⁵ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 216-217.

¹⁰⁴⁶ V. GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l'État d'origine pour des flux de réfugiés*, in *Société Française pour le droit international, Colloque de Caen, Droit d'asile et des réfugiés*, 1997, Parigi, pag. 97.

stesso testo¹⁰⁴⁷.

Ad ogni modo, nella prassi di questo organo relativamente al riconoscimento di una minaccia¹⁰⁴⁸, si è progressivamente inserito anche il fenomeno migratorio, quale parte della tendenza a collegare situazioni di crisi umanitaria a situazioni di minaccia alla pace¹⁰⁴⁹. Il Consiglio di Sicurezza si riferisce esplicitamente al movimento migratorio nel preambolo (par. 3) della risoluzione 688 (1991) del 5 aprile 1991, nei termini seguenti: «*Gravely concerned by the repression of the Iraqi civilian population in many parts of Iraq, including most recently Kurdish-populated areas, which led to a massive flow of refugees towards and across international frontiers to cross-border incursions which threaten international peace and security in the region*».

È da considerare l'esistenza di una discrepanza tra la parte dispositiva della risoluzione in esame tra la versione inglese e quella francese del testo. Nessuna delle due versioni si riferisce espressamente al flusso massiccio di rifugiati quale minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale ma, mentre nel testo inglese la minaccia è costituita dalle "conseguenze della repressione della popolazione civile"¹⁰⁵⁰, in quello francese è la "repressione" stessa a costituire la minaccia¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁷ Carta delle Nazioni Unite, art. 39: «Il Consiglio di Sicurezza accerta l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace, o di un atto di aggressione, e fa raccomandazioni o decide quali misure debbano essere prese in conformità agli articoli 41 e 42 per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale».

¹⁰⁴⁸ Il concetto di minaccia alla pace comprende diverse fattispecie che si sono venute a delineare progressivamente nella prassi del Consiglio di sicurezza, il quale dispone in materia di una grande discrezionalità. Sul tema, V. H. KOOIJMANS, *The Enlargement of the Concept of "Threat to the Peace"*, in R.J. DUPUY, *The Development of the Role of the Security Council, Workshop 21-23 July 1992, The Hague: Peace-Keeping and Peace-Building*, 1993, Dordrecht, Boston, London, pag. 111 ss. Si segnala inoltre il dibattito avvenuto il 17 aprile 2007 in seno al Consiglio di sicurezza in merito alla possibile qualificazione del cambio climatico quale minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, V. *United Nations Security Council. 2007, Security Council holds first-ever debate on impact of climate change on peace and security, 5663rd Meeting, 17 April, United Nations Department of Public Informations News and Media Division*, New York, 17 aprile 2007. Tale dibattito ha poi portato all'adozione di UNGA ris. 63/281, 3 giugno 2009, *Climate change and its possible security implications*.

¹⁰⁴⁹ Lo stesso Consiglio di sicurezza ha affermato al termine di un incontro tra i capi di governo e di Stato, tenutosi il 31 gennaio 1992, che «*The absence of war and military conflicts amongst states does not in itself ensure international peace and security. The non-military source of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security*» (UN doc. S/23500, come riportato in H. KOOIJMANS, *The Enlargement of the Concept of "Threat to the Peace"* cit., pag. 118).

¹⁰⁵⁰ «*Condemns the repression of the Iraqi civilian population in many parts of Iraq, including most recently in Kurdish populated areas, the consequences of which threaten international peace and security in the region*». S/RES/688 (1991), 5 aprile 1991.

¹⁰⁵¹ «*Condamne la répression des populations civiles iraqiennes dans de nombreuses parties de l'Iraq, y compris très récemment dans les zones de peuplement kurde, qui a pour conséquence de menacer la paix et*

Nella sua prassi successiva, il Consiglio di sicurezza conferma in un primo momento l'approccio desumibile della versione inglese della risoluzione 688 (1991). Furono infatti le conseguenze della crisi umanitaria provocata dalla guerra civile scoppiata in Somalia in seguito della caduta del governo di Siad Barre ad essere ritenute "minacce alla pace e alla sicurezza" della regione nel preambolo della risoluzione 733 (1992) del 23 gennaio 1992¹⁰⁵².

Nella risoluzione 841 (1992) del 16 giugno 1993 relativa alla situazione a Haiti in seguito al rovesciamento del governo del Presidente Arastide, il Consiglio di sicurezza considerò invece che la crisi umanitaria in corso, comprensiva dei "mass displacements of population" costituisse o aggravasse le minacce alla pace e alla sicurezza internazionale¹⁰⁵³. Durante la crisi albanese della fine degli anni novanta il Consiglio di sicurezza adottò la risoluzione 1101 (1997) del 28 marzo 1997 determinando che «*the present situation of crisis in Albania constitutes a threat to peace and security in the region*»¹⁰⁵⁴.

Nella risoluzione 1970 (2011) relativa alla situazione in Libia¹⁰⁵⁵, il Consiglio esprime «*concern at the plight of refugees forced to flee the violence in the Libyan Arab Jamahiriya*» (par. 7 Preambolo). Nella successiva risoluzione 1973 (2011) del 17 marzo 2011, i flussi migratori,

la sécurité internationale dans la région ». S/RES/688 (1991), 5 aprile 1991.

¹⁰⁵² La struttura della risoluzione 733 (1992) riprende quella della precedente risoluzione 713 (1991) del 25 settembre 1991, relativa allo scoppio delle ostilità nell'allora Repubblica federale di Jugoslavia e alla situazione in Bosnia e Erzegovina, il cui preambolo disponeva «*Deeply concerned by the fighting in Yugoslavia [...] and by the consequences for the countries of the region, in particular in the border areas of neighboring countries, Concerned that the continuation of this situation constitutes a threat to international peace and security*».

¹⁰⁵³ Per un commento della risoluzione, V. B. STERN, *L'élargissement du rôle du Conseil de Sécurité dans le maintien de la paix : de la lutte contre l'apartheid au combat contre le terrorisme international*, in K. KOUFI, (ed.), *International Challenges to Peace and Security in the New Millennium, 2002, International Law Session*, 2010, Athens, pag. 52

¹⁰⁵⁴ Sul tema, si rimanda, tra gli altri, a M. FRULLI, *La risoluzione 1101 del Consiglio di Sicurezza relativa alla situazione albanese: ancora un'evoluzione nella prassi del Consiglio?* In A. DE GUTTRY, F. PAGANI (eds.), *La crisi albanese del 1997*, 1999, Milano. V. anche paragrafo 5.2 del primo capitolo.

¹⁰⁵⁵ Nel febbraio 2011, movimenti ribelli si sono organizzati sul territorio libico al fine di rovesciare la quarantennale dittatura del Colonnello Muammar Gheddafi. In seguito alla repressione violenta dei ribelli e alle violenze subite dalla popolazione civile, il Consiglio di sicurezza ha inserito nella propria agenda la situazione libica dichiarandola una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale (ris. 1970 (2011), 26 febbraio 2011). Contestualmente la NATO è intervenuta in base alla risoluzione 1973 (2011) del 17 marzo 2011. Le operazioni militari si sono concluse nel periodo successivo all'uccisione di Gheddafi il 20 ottobre 2011, con risoluzione 2016 (2011) del 27 ottobre 2011. La Libia è attualmente sotto il controllo di un governo transitorio. Le Nazioni Unite continuano ad essere presenti con la *United Nations Support Mission Libya*, stabilita con risoluzione 2009 (2011) del 16 settembre 2011.

in particolare di rifugiati, riversatisi nei paesi limitrofi alla Libia, hanno sollevato le preoccupazioni del Consiglio di sicurezza che ha richiamato la comunità internazionale alla solidarietà.

In tale risoluzione però, i flussi migratori non sono associati esplicitamente alla situazione di minaccia alla pace e alla sicurezza generata dalla violenta repressione della popolazione civile libica¹⁰⁵⁶, a differenza della sopra analizzata risoluzione 688 (1991), nella quale i flussi di rifugiati e la conseguente violazione di frontiere internazionali sono invece un elemento essenziale dell'approccio del Consiglio di sicurezza nel determinare l'esistenza di una minaccia alla pace e alla sicurezza della regione¹⁰⁵⁷.

In tutte le risoluzioni sopra citate, tranne nel caso libico, non viene mai menzionato lo Stato eventualmente responsabile della situazione di minaccia venutasi a creare. Ci si può chiedere se, in considerazione della recente prassi venutasi a creare relativamente al caso libico, lo Stato d'origine del flusso possa essere ritenuto internazionalmente responsabile del flusso stesso.

5.2 IL TRAFFICO DI MIGRANTI QUALE MINACCIA ALLA PACE E ALLA SICUREZZA INTERNAZIONALE

Nelle risoluzioni relative al contrasto della pirateria in Somalia¹⁰⁵⁸, la pirateria non veniva considerata alla stregua di una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, bensì come un fattore di destabilizzazione (“*exacerbating*”) della situazione in Somalia. Era difatti quest'ultima ad essere considerata una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale ai

¹⁰⁵⁶ Nell'opinione del Consiglio di sicurezza, i flussi migratori hanno in questo caso un'importanza secondaria nella determinazione della situazione di minaccia. Il Consiglio di sicurezza si focalizza infatti sull'obbligo a carico dello Stato libico di proteggere la propria popolazione. La minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale è costituita dalla violazione di tale obbligo.

¹⁰⁵⁷ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 225. Sul tema libico, V. anche paragrafo 6.4 del primo capitolo.

¹⁰⁵⁸ S/RES/1816 (2008), 2 giugno 2008; S/RES/2184 (2014), 12 novembre 2014. La lotta alla pirateria ha molti temi in comune con la lotta al traffico di migranti e alla tratta di persone. In ambo i casi, il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale è avvenuto mediante lo strumento militare. Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza sono state la base delle operazioni navali EUNAVFOR *Operazione Atalanta* e NATO *Ocean Shield* per la lotta alla pirateria internazionale.

sensi dell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite.

Nella risoluzione 2240/2015, invece, la situazione in Libia non viene invece considerata come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale. È bensì «*la recente proliferazione del traffico di migranti e della tratta di persone nel mare Mediterraneo a largo delle coste libiche e il pericolo che essa rappresenta per la vita delle persone coinvolte*»¹⁰⁵⁹ ad essere la situazione da dover essere affrontata dal Consiglio di Sicurezza ai sensi del Capitolo VII¹⁰⁶⁰.

La risoluzione in esame si limita a sostenere che è la situazione in Libia ad essere destabilizzata da tali attività illecite.

La situazione fattuale che dà luogo all'adozione della risoluzione 2240/2015 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite è dunque un crimine transnazionale.

È così possibile considerare l'emergere di una recente prassi del Consiglio di Sicurezza a considerare i crimini transnazionali, direttamente o indirettamente, come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale e ad accordare agli Stati poteri eccezionali ai sensi del Capitolo VII della Carta per la loro soppressione¹⁰⁶¹.

5.3 LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DELLO STATO D'ORIGINE E LA QUESTIONE DEL POSSIBILE USO DELLA FORZA

Individuata la minaccia, sorge la questione degli strumenti di cui potrebbe disporre lo Stato "vittima" del flusso. La dottrina si è

¹⁰⁵⁹ S/RES/2240 (2015), Preambolo.

¹⁰⁶⁰ Il fatto che il traffico di migranti e la tratta di esseri umani potessero essere qualificate come attività costituenti una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale non era peraltro scontato. Si può difatti registrare una tendenza restrittiva del Consiglio nell'interpretazione dell'art. 39 della Carta, nonostante il Consiglio stesso disponga di una notevole discrezionalità in materia. Finora erano stati considerati solo gravi crimini quali terrorismo, genocidio, crimini di Guerra e contro l'umanità come minacce alla pace e alla sicurezza internazionale. Per approfondire, V. T. TREVES, *Piracy, law of the sea and use of force: developments off the coast of Somalia*, in *European Journal of International Law*, 2 2009, pag. 401; S. MANANASHVILI, *The Legal and Political Feasibility of the EU's Planned "War on Smuggling" in Libya*, in *European Journal of International Law*, 2015; Y. GOTTLIEB, *The Security Council's Maritime Piracy Resolutions: A Critical Assessment*, in *Minnesota Journal of International Law*, 24, 2015, pag. 10 ss.

¹⁰⁶¹ M. BO, *Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling*, in *European Journal of International Law*, 2015.

ripetutamente interrogata sull'imputabilità della relativa responsabilità allo Stato di origine e generatore dell'esodo¹⁰⁶². Come peraltro confermato dalla giurisprudenza internazionale¹⁰⁶³, ogni Stato ha l'obbligo di prevenire sul suo territorio la commissione di atti che possano ledere i diritti di altri Stati e in tali atti si potrebbe individuare il fatto generatore della responsabilità¹⁰⁶⁴.

È necessario tuttavia da determinare quale sia l'obbligo internazionale violato dallo Stato d'origine. A tale fine, è opportuno distinguere tra flussi massicci generati da una situazione di conflitto armato e quelli indotti in tempo di pace. Nel primo caso è individuabile una violazione del diritto umanitario pattizio, in particolare degli artt. 49 e 147 della IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra¹⁰⁶⁵.

L'art. 49 dispone il divieto, per qualsiasi Stato, di procedere alla deportazione delle persone protette al di fuori del territorio interessato per qualsiasi motivo.

L'art. 147 prevede invece una responsabilità penale delle persone che hanno causato l'esodo di massa in tempo di guerra nell'esercizio delle proprie funzioni in quanto organi dello Stato, oppure in quanto organi *de facto*¹⁰⁶⁶. Il riconoscimento della responsabilità penale internazionale di questi organi permette di imputare al loro Stato di appartenenza la violazione del divieto di deportazione e delle sue conseguenze¹⁰⁶⁷.

Inoltre, una parte della dottrina sostiene l'esistenza di una norma di

¹⁰⁶² Si veda, P. AKHAVAN, M. BERGSMO, *The application of the Doctrine of State responsibility to Refugee Creating States*, Nordic JIL, 1989, pag. 243 ss.; W. CZAPLINSKI, P. STURMA, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine* cit, pag. 93 ss.; B. STERN, *Commentaires sur: la responsabilité de l'Etat d'origine des réfugiés*, in V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, 1996, The Hague, pag. 81 ss.

¹⁰⁶³ Si fa riferimento al lodo arbitrale nel caso *Fonderia del Trail* (Canada v. Stati Uniti, 11 marzo 1941) in materia di inquinamento transfrontaliero, e più in generale alle sentenze della Corte Internazionale di giustizia nei casi *Stretto di Corfù* (Regno Unito v. Albania, 25 marzo 1948) e *Attività militari e paramilitari nel e contro il Nicaragua* (Nicaragua v. Stati Uniti, 27 giugno 1986).

¹⁰⁶⁴ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 227.

¹⁰⁶⁵ Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra, adottata il 12 agosto 1949, entrata in vigore il 21 ottobre 1950.

¹⁰⁶⁶ Relativamente alle nozioni di agente dello Stato, agente *de facto*, si rimanda all'art. 5 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per atti illeciti della Commissione di diritto internazionale, UN doc. A/56/10, 18 dicembre 2001.

¹⁰⁶⁷ W. CZAPLINSKI, P. STURMA, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine* cit, pag. 166.

natura consuetudinaria che vieti di provocare un flusso di rifugiati durante un conflitto armato¹⁰⁶⁸; tuttavia si sostiene anche che tale regola non riguarda coloro che hanno lasciato il paese per motivi economici, né coloro che sono stati deportati per motivi politici, i quali rientrerebbero sotto la tutela garantita dagli strumenti esistenti in materia di diritti dell'uomo¹⁰⁶⁹.

Il commento della Commissione del Diritto Internazionale (CDI) all'art. 40 del suo Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, disposizione relativa all'ambito di applicazione del Capitolo III dello stesso testo che si occupa delle violazioni gravi di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale, sostiene che la violazione "grave" delle sopra menzionate disposizioni della IV Convenzione di Ginevra potrebbe dunque far scaturire la responsabilità dello Stato responsabile dell'esodo forzato. Per valutare la gravità delle violazioni, la stessa CDI sostiene che l'atto in questione debba ravvisare i caratteri della "sistematicità" e della "flagranza".

Diversa è invece la prospettiva se la questione è l'imputabilità allo Stato d'origine delle conseguenze del flusso massiccio di migranti in tempo di pace, in quanto non esiste una norma, sia essa consuetudinaria o pattizia, che vieti di generare un flusso di migranti. È necessario a questo punto distinguere la i cosiddetti *failed States*, e gli Stati che perpetrano violazioni gravi dei diritti umani inducendo la propria popolazione, o parte di essa, ad emigrare.

La categoria dei *failed States*, seppur non omogenea, è caratterizzata da una totale assenza di un'autorità di governo, che ben può sfociare in una situazione di anarchia, ripercuotendosi sugli Stati vicini¹⁰⁷⁰. In questi casi particolari, benché non poco diffusi, non è possibile individuare un obbligo internazionale violato dagli Stati interessati che farebbe scaturire una responsabilità internazionale degli stessi nei confronti degli altri membri

¹⁰⁶⁸ R. HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, ZAORV, 1985, pag. 694 ss.

¹⁰⁶⁹ W. CZAPLINSKI, P. STURMA, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine* cit, pag. 162.

¹⁰⁷⁰ Come ricordato dalla dottrina: «*State failure threatens global stability because National governments have become the primary building blocks of order. International security relies on States to protect against chaos at home and limit the cancerous spread of anarchy beyond their borders and throughout the World*». R. I. ROTBERG, *Failed States in a World of Terror*, in *Foreign Affairs*, 2002, pag. 130. Sul tema, V., tra gli altri, N. CHOMSKY, *Failed States: The Abuse of Power and the Assault to Democracy*, 2006, New York; R. GEISS, *Failed States: Legal Aspects and Security Implications*, German YIL, 2004, pag. 457 ss.

della comunità internazionale in relazione all'esodo della propria popolazione¹⁰⁷¹.

In relazione invece ai casi di violazioni gravi e massicce dei diritti umani, come può essere considerato il caso dell'Iraq nei confronti della sua popolazione curda, la prassi non offre esempi di rivendicazione della responsabilità internazionale dello Stato in questione da parte degli Stati della regione che ne hanno subito le conseguenze¹⁰⁷².

In questi casi, differentemente dalle ipotesi di deportazione in tempo di conflitto, il fatto generatore della responsabilità non è il flusso migratorio di per sé, bensì è invece la manifestazione della violazione grave dei diritti umani, ossia del reale fatto generatore della responsabilità. La violazione dei diritti fondamentali permette alle vittime di rientrare nell'ambito di applicazione della tutela internazionale dei profughi, rifugiati e richiedenti asilo e questi saranno inoltre gli unici soggetti legittimati a invocare la responsabilità dello Stato che li ha costretti a migrare.

Ovviamente, qualora venisse invocata una violazione del divieto di tortura, di genocidio, di discriminazione razziale o di apartheid, tutte norme di *jus cogens* rientranti nell'ambito di applicazione del Capitolo III del Progetto d'articoli della CDI¹⁰⁷³, qualsiasi Stato sarebbe legittimato ad agire e potrebbe essere riconosciuta la responsabilità dello Stato di origine del flusso¹⁰⁷⁴.

Il riconoscimento della responsabilità dello Stato di origine offre dunque uno strumento fondamentale per la gestione delle conseguenze del flusso, in particolare per gli Stati più svantaggiati, permettendo di affrontare direttamente la questione del ritorno dei migranti, con il limite del carattere volontario della decisione di ritorno degli individui nel rispetto del principio di non respingimento. Lo Stato ritenuto così

¹⁰⁷¹ La prassi offre tuttavia esempi di diplomazia preventiva, di assistenza umanitaria, ma anche di interventi militari, con il coinvolgimento del Consiglio di sicurezza, come nel caso dell'Albania al momento della crisi del governo Berisha alla fine degli anni novanta.

¹⁰⁷² S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 231.

¹⁰⁷³ UN doc. A/56/10, pag. 112.

¹⁰⁷⁴ Entrerebbero allora in conto considerazioni di opportunità politica in merito all'innescare un procedimento di questo tipo.

responsabile si vedrebbe inoltre obbligato, in relazione alla cessazione dell'illecito, a predisporre tutte le condizioni necessarie per favorire il rientro dei suoi cittadini¹⁰⁷⁵.

Al momento, tuttavia, nessun fenomeno migratorio ha fatto scaturire un procedimento volto alla determinazione della responsabilità dello Stato d'origine. La prassi offre tuttavia alcuni esempi di intervento in materia da parte del Consiglio di sicurezza. Anche la sua azione, come la sopra analizzata questione della responsabilità, è limitata dalla possibilità o meno di individuare lo Stato di origine del flusso di migranti, Stato che diventerà quindi destinatario delle misure¹⁰⁷⁶. Tali misure non sono necessariamente di *enforcement* ai sensi del Capitolo VII della Carta¹⁰⁷⁷, potendo il Consiglio di sicurezza richiamare lo Stato interessato al fine di porre rimedio alla situazione di minaccia, permettere alla comunità internazionale di fornire l'assistenza necessaria¹⁰⁷⁸, o anche comminare sanzioni carattere economico o politico.¹⁰⁷⁹

Se le misure non comprendenti l'uso della forza non sortiscono gli effetti sperati, allora il Consiglio di sicurezza potrà, alla stregua dell'art. 42, adottare misure che implicano l'utilizzo di forze militari messe a disposizione dagli Stati membri, sempre allo scopo di mantenere o ripristinare la pace e la sicurezza internazionale. Tuttavia, nessuno

¹⁰⁷⁵ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 232.

¹⁰⁷⁶ Si nota che, tuttavia, la redazione delle risoluzioni che hanno riconosciuto una tale minaccia è sempre stata molto cauta, nel senso che tutte riaffermano in modo chiaro la sovranità e l'integrità degli Stati interessati, i quali non vengono mai indicate esplicitamente come responsabili dei flussi che contribuiscono all'instabilità della regione. Ad es., si veda la risoluzione 688 (1991), par. 7 del Preambolo: «*Reaffirming the commitment of all Member States to respect the sovereignty, territorial integrity and political independence of Iraq and all States of the region*».

¹⁰⁷⁷ Nella risoluzione 1101 (1997) relativa alla situazione in Albania, il Consiglio di sicurezza diede l'avallo alla costituzione di una forza multinazionale allo scopo di facilitare l'ingresso dell'assistenza umanitaria e autorizzò, conformemente al Capitolo VII, gli Stati partecipanti alla missione ad assicurare la sicurezza e la libertà di movimento delle persone che costituivano la suddetta forza multinazionale. Per un commento della risoluzione 1101, V. M. FRULLI, *La risoluzione 1101 del Consiglio di Sicurezza relativa alla situazione albanese: ancora un'evoluzione nella prassi del Consiglio?* In A. DE GUTTRY, F. PAGANI (eds.), *La crisi albanese del 1997*, 1999, Milano.

¹⁰⁷⁸ Nella risoluzione 688 (1991), dopo aver riconosciuto l'esistenza di una situazione di minaccia e condannato il comportamento dell'Iraq, il Consiglio di sicurezza si limita a chiedere a questo Stato di rimuovere la minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale della regione e ad ammettere l'accesso immediato di organizzazioni umanitarie sul territorio iracheno.

¹⁰⁷⁹ Comprendenti, ad esempio, l'interruzione totale o parziale delle relazioni economiche e delle comunicazioni marittime o aeree o delle relazioni diplomatiche. Misure di questo tipo sono state adottate, ad esempio, nei confronti dell'allora Jugoslavia (risoluzione 713 (1991) del 25 settembre 1991; risoluzione 757 (1992) del 30 maggio 1992); di Haiti (risoluzione 841(1996) del 16 giugno 1996; risoluzione 917 (1994) del 6 maggio 1994; e della Libia (risoluzione 1973 (2011) del 17 marzo 2011).

strumento in materia migratoria fornisce informazioni sulla possibilità e le modalità d'uso della forza da parte degli Stati nella prevenzione, gestione repressione del fenomeno¹⁰⁸⁰.

Gli altri strumenti applicabili in materia non offrono, come analizzato nel corso del presente elaborato, un quadro omogeneo relativamente alla possibilità o meno di usare la forza in caso di afflussi, massiccio o meno, di migranti irregolari. L'UNCLOS non regola la questione dell'uso della forza nelle diverse zone marine¹⁰⁸¹. Le misure provvisorie contro le pratiche pericolose collegate al traffico di migranti via mare dell'IMO prevedono la possibilità per lo Stato che intercetta una nave straniera in alto mare di usare la forza, previa autorizzazione dello Stato di bandiera. Il Protocollo di Palermo sul traffico non fa volontariamente alcun canno al proposito¹⁰⁸², anche se le *Legislative Guides* prevedono che, nell'attuazione degli obblighi contenuti all'art. 8, gli Stati parte debbano adottare delle legislazioni interne che disciplinano, tra gli altri, “*the use of reasonable force*”¹⁰⁸³ da parte delle proprie autorità¹⁰⁸⁴.

Come analizzato nel corso del primo capitolo, nei casi di afflussi massicci, il Protocollo troverà applicazione solo nelle situazioni che hanno visto il crearsi di strutture criminali volte a sfruttare la disperazione della popolazione in fuga; ci si riferisce in particolare alla crisi indocinese, a quella albanese e alla recente crisi libica.

Ad ogni modo, l'uso della forza in mare è sottoposto, alla stregua di

¹⁰⁸⁰ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 234.

¹⁰⁸¹ Le disposizioni UNCLOS elative all'esercizio della giurisdizione e alle possibilità di intervento da parte dello Stato costiero o dello Stato interessato non danno infatti indicazioni sulle modalità di uso della forza. Nell'art. 33 sulla zona contigua, ad esempio, la disposizione si limita a richiedere la necessità delle azioni intraprese nell'esercizio dei poteri conferiti dalla lettera dello stesso articolo.

¹⁰⁸² Sebbene nelle prime bozze del testo convenzionale fosse previsto il possibile uso della forza negli adempimenti dei propri obblighi, numerose delegazioni si opposero ad una tale terminologia nel testo per paura che ciò potesse incoraggiare l'uso della forza.

¹⁰⁸³ UNODC, *Legislative Guides for the implementation cit.*, pag. 386, par. 96: «*The main focus of article 8 is to facilitate law enforcement action in relation to smuggling of migrants involving the vessels of other States parties. The enactment of implementing legislation providing for enforcement powers in respect of foreign flag vessels may therefore be necessary. Issues to be addressed in such legislation include the provision of powers to search and obtain information, powers of arrest and seizure, the use of reasonable force, the production of evidence of authority and the provision of appropriate legal protection for the officers involved*».

¹⁰⁸⁴ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 236.

quanto sancito dall'ITLOS¹⁰⁸⁵ nel caso *Saiga* No. 2¹⁰⁸⁶, ai criteri di ragionevolezza e necessità nonché all'obbligo di salvaguardia della vita in mare e pertanto dovrà essere proporzionato alla minaccia o rischio contro cui è diretto. Lo Stato costiero è dunque legittimato ad usare la forza nell'esercizio di poteri coercitivi nel mare territoriale, con la dovuta proporzionalità, nei confronti dei massicci flussi di migranti che minacciano la propria sicurezza. Tuttavia, la crisi indocinese negli anni settanta, la crisi albanese del 1997 o la recente moltiplicazione degli arrivi di migranti irregolari dalla Libia a seguito della “primavera araba”, non costituiscono una minaccia solo per lo Stato di destinazione, ma sono motivo di preoccupazione e di destabilizzazione per l'intera regione interessata.

Come analizzato al paragrafo 5 del primo capitolo, lo strumento invece più utilizzato consiste nella conclusione di accordi con gli Stati di origine e/o di transito dei migranti¹⁰⁸⁷ o con altri Stati interessati dal fenomeno¹⁰⁸⁸, al fine di istituire sistemi di pattugliamento congiunto in mare, comprendenti anche il possibile uso della forza nell'attuazione delle misure coercitive, entro i limiti previsti dagli stessi accordi e dal diritto internazionale generale¹⁰⁸⁹.

Assumono, pertanto, un'importanza fondamentale in questo settore le regole d'ingaggio a cui sono vincolati i corpi militari coinvolti in azioni di repressione e gestione dei flussi migratori. Tuttavia, è molto difficile conoscerne il contenuto, anche rispetto a missioni congiunte multinazionali¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁵ Il Tribunale internazionale del diritto del mare (abbr. ITLOS dall'inglese *International Tribunal for the Law of the Sea*) è un organo indipendente delle Nazioni Unite, con sede ad Amburgo, creato con la III^a Convenzione internazionale sulla legge del mare che si tenne a Montego Bay, il 10 dicembre 1982.

¹⁰⁸⁶ ITLOS, *Saiga* No. 2 (Saint Vincent e Grenadine v. Guinea), sentenza del 1 luglio 1999, ITLOS Reports, 1999, pag. 61-62, par. 155.

¹⁰⁸⁷ Come ad es., il *Comprehensive Plan of Action* e lo scambio di note tra Italia e Albania del 25 marzo 1997, si rimanda per un'analisi più accurata al paragrafo 5.2 del primo capitolo.

¹⁰⁸⁸ Ci si riferisce in particolare ai programmi di cooperazione *Ulisse*, *Deniz* (si veda, tra gli altri, P.-X. COLLINET, *Sauvegarde maritime et immigration clandestine en Méditerranée*, in *Défense nationale*, vol. 59, 2003, pag. 79-80) e alle operazioni *Hera*, *Nautilus*, *Hermes*, *Triton* e *Poseidon*, tutte coordinate da Frontex.

¹⁰⁸⁹ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 237.

¹⁰⁹⁰ Questo aspetto è particolarmente rilevante in materia di operazioni congiunte nell'ambito di Frontex.

5.4 LA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA ESIGENZE UMANITARIE E SOVRANITA' DEGLI STATI

Il fatto che un flusso massiccio di migranti (o anche crimine transnazionale) possa determinare di minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale è difficilmente contestabile. La correlazione tra flussi migratori di una certa entità e sicurezza risale al XIX secolo¹⁰⁹¹ ed è stata spesso invocata dagli Stati di destinazione dei flussi per giustificare l'adozione di misure quali la chiusura delle proprie frontiere e/o lo schieramento di forze militari per contrastare i flussi¹⁰⁹².

La minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale può anche derivare dal modo in cui reagiscono gli Stati di destinazione al flusso di migranti¹⁰⁹³. L'utilizzo di un discorso legato alla sicurezza da parte dello Stato di destinazione può comportare l'insorgere di tensioni altrimenti non esistenti. Tale comportamento, definito nelle scienze sociali come "securitization", legittima a livello sociale misure non legali dal punto di vista degli obblighi internazionali esistenti¹⁰⁹⁴.

Le operazioni di respingimento in mare sono un buon esempio di questo fenomeno. È tuttavia importante sottolineare che il flusso rimane la manifestazione di una grave crisi umanitaria.

Pertanto le azioni di gestione e di repressione del fenomeno dovrebbero essere condotte in parallelo con la creazione di meccanismi di collaborazione tra Stati in un'ottica di *burden sharing*¹⁰⁹⁵ e nel rispetto dei diritti dei migranti, che sono le prime vittime dell'esodo stesso.

¹⁰⁹¹ Già nel 1891, infatti, in merito a flussi migratori consistenti provenienti dalla Russia, l'allora Presidente degli Stati Uniti Harrison notava che «*The banishment, whether by decree or by not less certain indirect methods, of so large a number of men and women is not a local question. A decree to leave one country is, in nature of things, an order to enter another – some other*» Come riportato da R. JENNINGS, *Some International Law Aspects of the Refugee Question*, in *British YIL*, 1939, pag. 112.

¹⁰⁹² <http://www.nytimes.com/2016/03/02/business/international/europes-new-border-controls-exact-a-cost.html>

¹⁰⁹³ S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli, pag. 242.

¹⁰⁹⁴ A. BETTS, *Forced Migration and Global Politics*, 2009, Chichester, pag. 71.

¹⁰⁹⁵ Sul tema, si veda, tra gli altri, J. P. L. FONTEYNE, *Burden-Sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees*, in *Australian YBIL*, 1983, pag. 162 ss; B. JUNKER, *Burden Sharing or Burden Shifting?: Asylum and Expansion in the European Union*, in *Geo. Immigr. LJ*, 2006, pag. 293 ss.

CENNI CONCLUSIVI

Come considerato nella presente trattazione, una parte rilevante delle politiche europee di contrasto dell'immigrazione irregolare coinvolge gli Stati terzi di origine o di transito dei flussi. Tuttavia, queste forme di cooperazione presentano numerosi profili di criticità, riguardanti sia il rispetto dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, sia l'efficacia dell'approccio stesso rispetto all'obiettivo di contrastare il traffico dei migranti e di evitare morti in mare.

Ciononostante, Frontex è divenuta l'avanguardia delle politiche europee di cooperazione con i paesi terzi nel contrasto dell'immigrazione irregolare.

Interrogarsi sulle ragioni che hanno spinto l'Europa ad investire sul potenziamento di Frontex nonostante i gravi limiti della sua attività, tanto riguardo la tutela dei diritti umani quanto sul tema dell'*accountability*, risulta doveroso.

Come rilevato nell'analisi compiuta, l'approccio complessivo si basa sulla teoria dell'"esternalizzazione" del controllo: così, la cooperazione con i paesi terzi limitrofi è divenuta lo strumento principale per limitare gli arrivi dei migranti. L'esternalizzazione dei controlli riflette infatti l'enfasi posta dalle istituzioni europee nella scelta di un approccio di tipo securitario nei confronti della migrazione.

Le c.d. *non arrival policies*, che tendono a creare una sorta di "cordone sanitario" mediante l'esternalizzazione dei controlli e la delocalizzazione delle procedure di ammissione al territorio dell'Unione, riflettono la volontà politica degli Stati membri di bloccare i flussi di migranti impedendo loro l'accesso alla protezione internazionale nello spazio giuridico europeo. Sospetta nell'esternalizzazione dei controlli è anche la ricerca di soluzioni per procura, in virtù delle quali palesi violazioni dei diritti fondamentali vengono rimesse nelle mani di Stati

terzi nei confronti dei quali il rispetto delle garanzie previste dal diritto dell'Unione e dalla CEDU diviene inesigibile.

Come potuto considerare nella presente trattazione, gli strumenti operativi europei di contrasto all'immigrazione irregolare e al traffico di persone si inseriscono in un corpus normativo complesso, comprendente sia norme di diritto internazionale che proprie del diritto europeo.

La recente evoluzione giurisprudenziale ha peraltro sottolineato l'applicabilità extraterritoriale delle norme di protezione dei diritti fondamentali, in particolare dell'obbligo di non respingimento.

Una siffatta applicabilità delle norme internazionali di protezione, estesa, come visto, alle acque internazionali, esclude l'esistenza di quella che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Hirsi* definisce «*an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction*».

Determinante è stato infatti l'impatto della già citata sentenza *Hirsi* nella gestione delle frontiere esterne marittime dell'Unione. Il processo di "esternalizzazione" del controllo, volto, come visto, ad evitare l'applicabilità di norme di protezione che si estendono a chiunque sia sotto la giurisdizione di uno Stato membro, non può più considerarsi ammissibile in mancanza di adeguate tutele dei diritti fondamentali dei migranti.

Non è una coincidenza il fatto che a partire dal 2013, con l'eccezione dell'operazione unilaterale italiana *Mare Nostrum*, tutti gli strumenti operativi europei attivati nel mar Mediterraneo abbiano prediletto un'interpretazione restrittiva del mandato di Frontex, limitando il pattugliamento delle acque alle 30 miglia dalle coste e circoscrivendo la componente di ricerca e soccorso delle imbarcazioni in pericolo in mare.

Ciò è avvenuto nonostante, lo si è avuto modo di spiegare, a Frontex non possano imputarsi le eventuali violazioni dei diritti fondamentali durante le operazioni congiunte da essa coordinate. La mancata estensione dell'ambito operativo delle attività in mare risulta evidentemente da

attribuirsi alle perplessità degli Stati membri ad assumersi compiute responsabilità in un quadro giuridico più delineato rispetto al passato.

Negli ultimi anni, infatti, grazie all'azione di organi come il Mediatore europeo, l'impegno delle associazioni impegnate nella difesa dei diritti dei migranti e l'adozione del regolamento (UE) n. 656/2014, si è potuto in parte chiarire il quadro normativo all'interno del quale vengono svolte le operazioni congiunte coordinate dall'Agenzia.

Si è notato tuttavia che pochi sono stati i casi di violazione del diritto internazionale nell'ambito di operazioni in mare volte alla gestione dell'immigrazione irregolare portati davanti ad un organo giurisdizionale, sia internazionale che interno. Rilevante è inoltre l'assenza di una qualsiasi forma di controllo esterno dell'operato di Frontex.

La necessità di rispettare i diritti dei migranti deve essere in ogni caso bilanciata con l'esigenza, per gli Stati, di difendere la propria sovranità territoriale e di contrastare attivamente la criminalità organizzata transnazionale.

In questo senso, il programma dettato dall'Agenda europea sulla migrazione va nella giusta direzione, delineando una cooperazione con i paesi terzi non più limitata, come in passato, ai soli aspetti operativi, bensì fortemente tesa allo sviluppo di regimi cooperativi omnicomprensivi, che tendano, ove possibile, all'eradicazione dei *push factors*.

La realizzazione degli obiettivi delineati dall'Agenda sulla migrazione rimane tuttavia condizionata alla volontà politica degli Stati membri di convergere verso un'ottica di *burden sharing* nella gestione del massiccio afflusso di migranti che interessa il continente europeo.

La recente chiusura delle frontiere interne tra gli Stati membri, oltre a rappresentare un'ulteriore riflesso dell'ottica securitaria, allo stesso tempo mina dalle fondamenta la componente essenziale dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia: la libertà di circolazione.

Viene allora da chiedersi se esistano soluzioni alternative a quelle perseguite finora, al prezzo delle vite umane perse in mare e dei diritti fondamentali violati.

La mancanza di un'intesa tra gli Stati membri sulla gestione della politica comune in materia di immigrazione e asilo non è tuttavia l'unico ostacolo che l'Unione e gli Stati membri devono affrontare. Sono i contenuti di tale politica ad essere il vero problema. Il vano tentativo di rendere la "fortezza" Europa inaccessibile non arresta del tutto i flussi e finisce pure per violare spesso i diritti fondamentali dei migranti.

Un'esternalizzazione più responsabile e partecipata è tuttavia possibile. Chiedere che le domande di asilo vengano presentate direttamente in Africa e fare lì, attraverso accordi tra i paesi europei, un'azione di riallocazione dei profughi, riempirebbe la politica europea dei contenuti cui l'Unione si ispira.

Una maggiore ampiezza dei canali umanitari certamente potrà ridurre il fenomeno dell'immigrazione irregolare. Tuttavia, coloro ai quali sarà precluso l'utilizzo di questi canali preferenziali tenderanno comunque di spostarsi, affidandosi alla criminalità organizzata transnazionale.

Evidenziate le criticità degli strumenti normativi e operativi europei nel fronteggiare l'enorme flusso migratorio dei nostri tempi, non rimane che considerare la vera ricetta per bloccare alla radice i flussi, nelle parole pronunciate in tempi lontani, ma mai come ora vicini, da San Giovanni Paolo II: *«Costruire condizioni concrete di pace, per quanto concerne i migranti e i rifugiati, significa impegnarsi seriamente a salvaguardare anzitutto il diritto a non emigrare, a vivere cioè in pace e dignità nella propria Patria».*

**L'UNIONE EUROPEA E IL CONTRASTO AL
TRAFFICO DI PERSONE. IL RUOLO DI
FRONTEX E DI EUNAVFOR MED NEL QUADRO
NORMATIVO INTERNAZIONALE.**

BIBLIOGRAFIA CAPITOLO 1

M. FRAGOLA, *La Conferenza mondiale ministeriale delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 1995;

A. T. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, in 23 (4) *Human Rights Quarterly*, 2001, Baltimore;

D. VLASSIS, *The UN Convention against Transnational Organized Crime*, in M. R. BERDAL, M. SERRANO (eds.), *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual?*, 2002, Boulder, London;

D. MC CLEAN, *Transnational Organized Crime*, 2007, Oxford;

A. CENTONZE, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, 2008, Milano;

A. NUNZI, *La convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (a cura di), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e il terrorismo*, Milano, 2005;

A. T. GALLAGHER, *The International Law on Migrant Smuggling*, 2014, Cambridge;

A. J. SEIN, *The Prosecution of Chinese Organized Crime Groups: The Sister Ping Case and Its Lessons*, 11 (2) in *Trends in Organized Crime*, 2008, New York;

R. PEDROZO, *International Initiatives to Combat Trafficking of Migrants by Sea* in J. N. MOORE and M. H. NORDQUIST, eds., *Current maritime Issues and the International Maritime Organization*, 1999, The Hague;

P. MALLIA, *Migrant Smuggling by the Sea: Combating a current threat to maritime security through the creation of a cooperative framework*, 2010, Leiden, Boston;

A. TRIANDAFYLLIDOU, *Migrant smuggling: irregular migration from Asia and Africa to Europe*, 2012, Houndmills;

A. T. GALLAGHER, *Migrant Smuggling*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York;

A. DEL VECCHIO, *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, 2014, The Hague;

N. KLEIN, *Maritime Security and the Law of the Sea*, 2011, Oxford;

S. SCARPA, *Trafficking in human beings: modern slavery*, 2008, Oxford;

T. OBOKATA, *Human Trafficking*, in F. ALLUM, S. GILMOUR (eds.) *Routledge Handbook on Transnational Organized Crime*, 2015, New York;

S. ALEO, G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, 2004, Milano;

S. FORLATI, *La lotta alla tratta di esseri umani: fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, 2013, Napoli;

D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2009, Cambridge;

J. P. CASSARINO, *Unbalanced Reciprocities: Cooperation on Readmission in the European Mediterranean Area*, 2010, Leiden;

P. CUTTITA, *Readmission in the Relations between Italy and North African Mediterranean Countries*, in J. P. CASSARINO (ed.), *Unbalanced Reciprocities*, 2010, Cambridge;

A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2007, Cambridge;

M. S. PICKERING, S. J. CUMMINS, D. P. STEWART (eds.), *Digest of United States Practice in International Law (1989-1990)*, 2003, Washington;

S. H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Program* in 18 (3-4) *International Journal of Refugee Law*, 2006, Oxford;

D. BROWN, *Crooked Straits: Maritime Smuggling of Humans from Cuba to the United States*, in 273 *University of Miami Inter-American Law Review*, 2002;

T. PERLMUTTER, *The Politics of Proximity: The Italian Response to the Albanian Crisis*, in 32 *International Migration Review*, 1998;

D.P. O' CONNELL, *State Succession in Municipal Law and International Law*, 1967, Cambridge;

A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, 2008, Milano;

DI PASCALE, *Migration Control at Sea, The Italian Case in Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), Leiden, Boston, 2010;

N. RONZITTI, *The Treaty of Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya: New Prospects for Cooperation in the Mediterranean*, scritto presentato alla conferenza del Gruppo strategico per il Mediterraneo, 11-12 maggio 2009.

BIBLIOGRAFIA CAPITOLO II

A. DEL VECCHIO, *La cittadinanza europea: atti del Convegno, Roma, 26 marzo 1998*, 1999, Milano;

F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012, Bari;

G. CELLAMMARE, *Asilo e immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, 2003, Torino;

G. CELLAMMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, 2006, Torino;

B. MELIS, *Negotiating Europe's immigration frontiers*, 2001, The Hague;

V. K. EISELE, *The External Dimension of the EU's Asylum and*

Immigration Policies, in E. GUILD – J. NIESSEN (eds.), *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, 2014, Leiden, Boston;

S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli;

D. VITIELLO, *La cooperazione operativa tra Frontex e I paesi terzi nel contrasto all'immigrazione irregolare*, in F. CHERUBINI, *Le migrazioni in Europa*, 2015, Roma;

A. BALDACCINI, *Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea*, in B. RYAN – V. MITSILEGAS (eds.), Leiden, 2010;

A. CANEPA, *The Regulatory Role of Frontex: Risk Analysis, Border Management and Exchange of Data*, in L. AMMANNATI (ed.), *Networks. In Search of a Model for European and Global Regulation*, Torino, 2012;

G. CAMPESI, *Polizia della Frontiera: Frontex e la produzione dello spazio europeo*, 2015, Roma;

A. BETTS, J. MILNER, *The Externalization of EU Asylum Policy: The Position of African States*, in *Centre on Migration, Policy and Society Working Paper n. 36*, 2006;

A. ADEPOJU, F. VAN NOORLOOS, A. ZOOMERS, *Europe's Migration Agreements with Migrant-Sending Countries in the Global South: A Critical Review*, in *International Migration*, 2010/3;

M. BEUVING, *Frontex: Its Role and Organization*, in J. MONAR (ed.), *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, 2010, Brussels;

P. GARCÍA ANDRADE, A. DI PASCALE, A. SARRAJ, *L'importanza des relations bilatérales entre Etats membres et pays tiers en matière d'immigration. Une analyse de l'action extérieure de l'Espagne, la France et l'Italie*, in M. MAES, M. C. FOBLETS, P. DE BRUYCKER (eds.), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy. Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruxelles, 2011 ;

Frontex, *FRONTEX: Latest Developments, Competences & Possibilities*, European Police Congress, Berlin 2012;

House of Lords, *FRONTEX: The EU External Borders Agency, Report with Evidence, 9th Report of session 2007-08*, The Stationery Office Limited, London 2008;

G. DEL GRANDE, *Escape from Tripoli. Report on the conditions of migrants in transit in Lybia*, in *Fortress Europe*, 2007, online;

Libya, The next failed state, in *The Economist*, 10 January 2015;

M. BOUMGHAR, *La licéité international des opérations menées par Frontex*, in J. M. SOBRINO HEREDIA (sous la direction de), *Sûreté maritime et violence en mer*, 2011, Bruxelles;

, B. NASCIMBENE, *Lampedusa: una tragedia con molti interrogativi. Obblighi di tutela dei diritti fondamentali e strumenti di controllo dell'immigrazione*, in G. CAGGIANO (eds.), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, 2014, Torino;

C. MORVIDUCCI, *Unità del sistema e articolazione in pilastri nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007;

V. MORENO - LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011;

M. HEIJER, *Europe Beyond its Borders*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, 2010, Leiden;

A. BALDACCINI, *Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea*, in , in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, 2010;

S. H. LEGOMSKY, *The USA and the Caribbean Interdiction Program*, in *International Journal of Refugee Law*, 18 2006;

B. KASPAREK, F. WAGNER, *Local Border Regimes or a Homogeneous External Border? the Case of the European Union's Border Agency Frontex*, in G. PÉCOUD (ed.), *The New Politics of International Mobility Migration Management and its Discontents*, Institut für Migration Forschung und Interkulturelle Studien, Universität Osnabrück, 2012;

A. MOUNTZ, J. M. LOYD, *Constructing the Mediterranean Region: Obscuring Violence in the Bordering of Europe's Migration Crisis*, in *ACME: an International E-Journal for Critical Geographies*, 13, 2013;

P. MONZINI, *Schengen's Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders in Italy* in *International Migration*, 44 2009;

P. CUTTITTA, *From the Cap Anamur to Mare Nostrum. Humanitarianism and Migrations Controls at the EU's Maritime Borders*, in C. MATERA, A TAYLOR (eds.), *The Common European Asylum System and Human*

Rights: Enhancing Protection in Times of Emergencies, Asser Institute, 2014, The Hague;

S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, *Whose Mare? Rule of Law Challenges in the Field of European Border Surveillance in the Mediterranean*, CEPS Papers on Liberty and Security in Europe, 2015, Brussels;

D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge;

N. KLEIN, *Maritime Security and the Law of the Sea*, 2011, Oxford;

E. PAPASTAVRIDIS, *The Interception of Vessels on the High seas: Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*, 2013, Oxford and Portland;

B. BOWLING, J. SHEPTYCKI, *Global policing*, 2012, London;

L. F. L. OPPENHEIM, *Oppenheim's International Law*, R. JENNINGS, A. WATTS (eds.), *Volume 1, Peace*, 9th ed., 1992, Harlow;

G. S. GOODWIN GILL, *The Refugee in International Law*, 1996, Oxford;

J. PUGASH, *The Dilemma of the sea Refugee: Rescue Without Refuge*, in *Harvard International Law Journal*, 18, 1977;

D. ROTHWELL, *The Law of the Sea and the MV Tampa Incident*, in D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, 2011, Cambridge;

R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control*,

2010, Leiden, Boston;

GAMMELTOFT-HANSEN, E. AALBERTS, *Sovereignty at Sea: The Law and Politics of Saving Lives in the Mare Liberum*, 2010, Copenhagen;

A. FISCHER-LESCANO, T. THOR, T. TOHIDIPUR, *Border Control at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009;

A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009;

B. RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?* in B. RYAN, V. MITSILEGAS *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges* 2010, Leiden, Boston;

C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored* (2012) *Human Rights Law Review* 287;

O. DE SCHUTTER, A. EIDE, A. KHALFAN, M. ORELLANA, M. SALOMON, I. SEIDERMAN, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligation of States in the Area of Economics, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly* 1084, 2010;

A. GIANNELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008;

S. TREVISANUT, *The principle of non refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*, in *Max Planck Yearbook of United*

Nations Law, 2010, Oxford;

F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010;

M. O'SULLIVAN, *Withdrawing Protection under Article 1 C(5) of the 1951 Convention: Lessons from Australia*, in *International Journal of Refugee Law*, 2008;

G. S. GOODWIN-GIL, *The Refugee in International Law*, 1996, Oxford;

M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, 2013, Oxford;

A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza XVI*, 2014;

E. PAPASTAVRIDIS, *Is there a right to be rescued at sea? A sceptical view*, in *Questions of International Law, Zoom-in 4*, 2014;

S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *Questions of International Law, Zoom-in 4*, 2014;

I. PAPANICOLOPULU, *International Judges and Protection of Human Rights at Sea*, in *International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, in N. BOSCHIERO e altri (ed.), 2013, Amsterdam;

R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat par violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2008, Leiden, Boston ;

B. MILTNER, *Irregular Maritime Migration: Refugee protection Issues in Rescue and Interception*, in *Fordham International Law Journal*, 2006;

S. KLEPP, *A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea*, in *European Journal of Migration and Law*, 2010;

. L. CONDORELLI, *De la responsabilité internationale de l'ONU et/ou de l'Etat d'envoi lors d'actions de Forces de Maintien de la Paix : l'écheveau de l'attribution (double?) devant le juge néerlandais*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 2014;

A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: a Conceptual Framework*, in *Michigan Journal of international Law*, 2013;

M. L. PADELETTI, *Pluralità di stati nel fatto illecito internazionale*, 1990, Milano;

R. MCCORQUODALE, *International Organizations and International Human Rights Law: One Giant, Leap for Humankind*, in K. H. KAIKOBAD, M. BOHLANDER (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, 2009, Nijhoff, Leiden;

F. CHERUBINI, *La cooperazione fra Unione europea e Paesi del Nordafrica nella lotta all'immigrazione irregolare*, in F. ANGHELONE., A. UNGARI (eds.), *Atlante Geopolitico del Mediterraneo*, 2014, Roma;

S. VEZZANI, *The UE and Its Member States before the Strasbourg Court: a Critical Appraisal of the Co-respondent Mechanism*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An*

Italian Perspective, G. REPETTO (ed.), 2012, Anversa;

BIBLIOGRAFIA CAPITOLO III

A. CANO LINARES, *Lucha contra el tráfico ilícito de migrantes versus estatuto del refugiado: evolución de la actuación de la Unión europea en la Cuenca del Mediterráneo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016;

A. ASPIDI, *La risoluzione 2240 del Consiglio di sicurezza e l'impatto su Eunavfor Med*, in *Blog CROIE Luiss*, 12 novembre 2015, Roma.

M. BO, *Fighting Transnational Crimes at Sea under UNSC's Mandate: Piracy, Human Trafficking and Migrant Smuggling*, in *European Journal of International Law*, 2015.

G. ZICCARDI CAPALDO, *The EUNAVFOR Med Operation and the Use of Force*, in *ASil Insights*, Volume, 19 Issue: 27, 2015.

S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 2012, Napoli,

GOWLLAND-DEBBAS, *La responsabilité internationale de l'État d'origine pour des flux de réfugiés*, in *Société Française pour le droit international, Colloque de Caen, Droit d'asile et des réfugiés*, 1997, Paris;

B. STERN, *Commentaires sur: la responsabilité de l'Etat d'origine des réfugiés*, in V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, 1996, The Hague;

H. KOOIJMANS, *The Enlargement of the Concept of "Threat to the Peace"*, in R.J. DUPUY, *The Development of the Role of the Security*

Council, Workshop 21-23 July 1992, The Hague: Peace-Keeping and Peace-Building, 1993, Dordrecht, Boston, London;

B. STERN, *L'élargissement du rôle du Conseil de Sécurité dans le maintien de la paix: de la lutte contre l'apartheid au combat contre le terrorisme international*, in K. KOUFI, (ed.), *International Challenges to Peace and Security in the New Millennium*, 2002, *International Law Session*, 2010, Athens;

M. FRULLI, *La risoluzione 1101 del Consiglio di Sicurezza relativa alla situazione albanese: ancora un'evoluzione nella prassi del Consiglio?* In A. DE GUTTRY, F. PAGANI (eds.), *La crisi albanese del 1997*, 1999, Milano;

T. TREVES, *Piracy, law of the sea and use of force: developments off the coast of Somalia*, in *European Journal of International Law*, 2, 2009;

S. MANANASHVILI, *The Legal and Political Feasibility of the EU's Planned "War on Smuggling" in Libya*, in *European Journal of International Law*, 2015;

Y. GOTTLIEB, *The Security Council's Maritime Piracy Resolutions: A Critical Assessment*, in *Minnesota Journal of International Law*, 24, 2015;

P. AKHAVAN, M. BERGSMO, *The application of the Doctrine of State responsibility to Refugee Creating States*, *Nordic JIL*, 1989;

R. HOFFMANN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, *ZAORV*, 1985;

I. ROTBERG, *Failed States in a World of Terror*, in *Foreign Affairs*, New York, 2002;

N. CHOMSKY, *Failed States: The Abuse of Power and the Assault to Democracy*, 2006, New York;

R. GEISS, *Failed States: Legal Aspects and Security Implications*, in *German YIL*, 2004;

R. JENNINGS, *Some International Law Aspects of the Refugee Question*, in *British YIL*, 1939;

A. BETTS, *Forced Migration and Global Politics*, 2009, Chichester,

P. X. COLLINET, *Sauvegarde maritime et immigration clandestine en Méditerranée*, in *Défense nationale*, vol. 59, 2003;

J. P. L. FONTEYNE, *Burden-Sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees*, in *Australian YBIL*, 1983;

B. JUNKER, *Burden Sharing or Burden Shifting?: Asylum and Expansion in the European Union*, in *Geo. Immigr. LJ*, 2006.